

*Molan*

**PRÆLECTIONES**

**THEOLOGICÆ**

**SEMINARII SANCTI-SULPITII.**

PROPRIÉTÉ DE L'ÉDITEUR.

E TYPIS CRAPELET,

VIA DICTA DE VAUGIRARD, n° 9.

# PRÆLECTIONES THEOLOGICÆ

MAJORES

IN SEMINARIO SANCTI-SULPITII

HABITÆ.

## DE CONTRACTIBUS

OPERA ET STUDIO

JOS. CARRIÈRE EJUSDEM SEMINARII PRESBYTERI

VICARII GENERALIS PARISIENSIS.

TOMUS SECUNDUS.



ST. ALBERT'S COLLEGE LIBRARY

PARISIIS

APUD MÉQUIGNON JUNIOREM ET J. LEROUX

FACULTATIS THEOLOGICÆ BIBLIOPOLAS

1844

213

Property of

**COSA**

Please return to

Graduate Theological

Union Library

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

Property of

6202

Please return to

Graduate Theological

Union Library



# PRÆLECTIONES

## THEOLOGICÆ

### DE CONTRACTIBUS.

#### PARS SECUNDA.

##### DE CONTRACTIBUS IN SPECIE.

471. Nunc exponendæ sunt regulæ variis contractibus speciales, simulque explicandum quomodo regulæ generales hactenus traditæ applicari debeant singulis contractibus, pro diversa uniuscujusque natura. De universis, quotquot iniri possunt, contractibus speciatim disserere non est possibile, cum in infinitum variare possint humanæ conventiones: præcipuos igitur tantum percurramus, eos scilicet de quibus regulas sanxerunt leges apud nos receptæ. Eos in varias classes distribuere solent auctores, sicque aliquem inter eos constituere ordinem<sup>1</sup>. Sed institui nequit ordo perfecte logicus, seu divisio omnino

<sup>1</sup> Istè ordo satis obviuſ videtur quem ſequitur PIGEAU, *Cours élémentaire de code Civil*, 2 vol. in-8°, et quem hic exhibemus. Contractus ſunt vel principales, vel accessorii. *Principales* ſunt, vel oneroſi, vel gratuiti. *Oneroſi* ſunt, vel commutativi, vel aleatorii. *Commutativi* ſunt venditio, commutatio, locatio, ſocietas, transactio. *Aleatorii* ſunt ludus, ſponſio, et cenſus vitalitiuſ. *Gratuiti* ſunt donatio, commodatum et mutuum, depositum, et mandatum. *Accessorii* oriuntur vel a conventionem partium, ut fidejuſſio, pignuſ; vel a diſpoſitione legiſ, ut privilegia et hypotheçæ, juſ coactioniſ (*contrainte par corpſ*), et expropriationiſ.

adæquata, et membris constans oppositis; quia nempe plures sunt contractus qui ad multiplicem classem pari jure referri possunt pro diversis sub quibus investigari possunt respectibus, et pro diversis quibus subjici possunt modificationibus. Non ergo curabimus de ordine inter diversos contractus instituendo: in id tantum intenti erimus, ut de iis primum disseramus quorum regulæ sunt magis generales, et cæteris contractibus applicandæ; deinde ut, quantum fieri poterit, eos ab invicem non disjungamus qui sunt inter se magis affines. Quapropter dicemus primum de promissione, quæ cum ad cæteros contractus referri possit, ipsisque quasi præire, ab initio investigari debet; deinde de donatione et venditione, quarum expositio complectitur plerasque regulas quibus subjiciuntur contractus gratuiti, et contractus onerosi; postea de cæteris contractibus qui ad hanc duplicem speciem plus minusve accedunt: sub uno capite complectemur contractus aleatorios; item et contractus qui sunt tantum accessorii, seu qui alios supponunt. De quibusdam etiam quasi-contractibus dicemus per modum appendicis ad contractus quibuscum majorem habent analogiam. Sed multa præsertim occurrent expendenda circa usuram, quæ in contractu mutui propriam suam sedem et locum habet, et quæ non raro sub aliorum contractuum specie palliatur.

De contractu qui in jure civili dicitur *Contractus matrimonii*, seu de conventionibus matrimonialibus in præsentem non agitur, sed in *Tr. de Justitia*, ubi de *Dominio uxorum*.

## CAPUT PRIMUM.

### DE PROMISSIONE.

472. Totuplex distingui potest promissio, quotuplex dari potest illius objectum: unde cum, ut modo dicebamus, fieri possit promissio de quolibet contractu ineundo,



haberi potest ut aliquid ad cæteros contractus præambulum, quod proinde de ipsorum natura aliquid participet. Cum autem eam præcipue investigare debeamus in eo quod ipsi proprium est, agemus seorsim de promissione gratuita, et de promissione onerosa.

ART. 1. *De promissione gratuita.*

473. Promissio gratuita vulgo definitur : *Contractus quo quis gratuito et libere fidem suam alteri obligat de præstanda re possibili ac licita, et promissario grata.*

Dicitur 1°. *Contractus*, id est, conventio ab uno proposita, et ab altero acceptata : ante enim acceptionem non est vera promissio ; est mera tantum pollicitatio, ut vocabant Romani, sed quæ in jure nostro non admittitur, ut jam (n<sup>is</sup> 6 et 32) diximus. 2°. *Gratis*, id est, absque ullo onere ex parte promissarii : unde intelligitur esse contractum unilateralem (n° 8). 3°. *Libere* ; et quidem requiritur voluntarium plenum seu purum, nec sufficit voluntarium mixtum (n° 47). 4°. *Fidem suam alteri obligat*, id est, alteri jus aliquod conferre intendit. Unde promissio differt 1. *a mero proposito*, in quo quis non intendit sibi novam imponere obligationem ; adeo ut, si proposito desit, sit quidem inconstans, non vero violatæ fidei reus : unde, ut bene explicat DE LUGO, D. XXIII, n° 1, proponens non vult sibi novum aliquod vinculum imponere, bene vero promittens. 2. Differt *a donatione*, in qua res ipsa statim donatur ; dum in promissione donatur tantum fides, ut ait HENNO, t. v, D. VI, q. I, p. 299, qui ideo promissionem definit *Donationem fidei de re....* 5°. *De re possibili et licita* : satis intelligitur et constat ex dictis. Observant autem theologi, aliud esse quod promissio sit de re licita, aliud quod ipsa promissio sit licita : si esset de re illicita, obligare non posset, ut patet ; licet vero sit illicita, potest aliquando esse valida, ac proinde obligare. Sic, juxta mul-

tos, promissio prodiga est illicita, et tamen valida. Ita DE LUGO, n° 113; DAELMAN, q. II, obs. I, t. VI, p. 41, quem citat et sequitur COLLET, part. II, c. XIV, n° 10, p. 684. Advertit tamen BILLUART, Diss. II, art. I, §. I, t. XIII, p. 73, promissionem illam esse de objecto illicito, nempe de donatione prodiga; proindeque non valere: et ita sentire plerosque doctores fatetur LESSIUS, l. 2, c. 18, n° 9, quamvis ipse contrarium propugnet, saltem pro multis casibus. Quod autem reponunt qui stant pro validitate, non fieri tunc donationem ex prodigalitate, sed ad satisfaciendum obligationi, supponit præcise quod est in quæstione. Cæterum solutio pendet præcipue ex notione prodigalitatis, in qua dari multiplicem gradum intelligitur. 6°. *De re promissario grata*: quia alioquin, ait COLLET, n° 11, p. 684, non esset promissio, sed comminatio; ut cum filio verbera promittit iratus pater.

474. His præmissis, duo hic præcipue expendenda habemus: 1°. utrum et quatenus promissio obliget in conscientia; 2°. quomodo cessare possit illa obligatio.

I°. *Utrum et quatenus promissio gratuita obliget in conscientia?*

Sub duplici respectu considerari potest illa quæstio: quoad jus, si ita loqui fas est, et quoad factum: id est, expendi potest quomodo ex natura sua obliget promissio, et quomodo ex intentione qua vulgo promittunt homines. Cæterum satis connexæ sunt inter se duæ illæ quæstiones, cum tota vis promissionis oriatur a voluntate promittentis, et aliunde promittens aliquando censeri possit velle se obligare juxta naturam promissionis.

I. Si spectetur *promissionis natura*, hæc duo statui possunt.

1°. Promissio obligat saltem *ex fidelitate*. Nam sicut veracitas obligat ad conformanda verba externa cum mente, ita fidelitas obligat ad conformanda facta cum verbis præ-



teritis : sicut enim tolleretur magna ex parte commercium humanum, si homo licite posset exterius affirmare contrarium suæ menti, ita pariter, si homines possent contra fidem exterius datam pro libito operari; nam sicut per illud primum tolleretur fides loquentibus, et nemo alteri crederet, ita per secundum tolleretur fides promittentibus, et nemo alteri fideret : porro utraque illa fides ad securitatem commercii humani requiritur. Ita DE LUGO, n<sup>o</sup> 12, 13.

Hæc autem obligatio non est per se gravis, ex communi sententia. Ita *ibid.*, n<sup>o</sup> 92; BILLUART, §. II, p. 82 : idem nempe dicendum de ista infidelitate, ac de mendacio. Circumstantiæ tamen possunt efficere ut graviter reus sit qui hanc obligationem fidelitatis violat, ut si illa violatio fiat occasio damni, vel si inde magnus mœror, magna confusio ex parte promissarii subsequatur : vid. COLLET, n<sup>o</sup> 92, p. 700, 701.

475. — 2<sup>o</sup>. Promissio obligat etiam *ex justitia*. Etenim generatim contractus parit hujusmodi obligationem. Et revera ut quis obliget se alteri ex justitia, sufficit voluntas obligationis in uno, et acceptatio in altero : atqui hæc reperiuntur in promissione, quando sit modo absoluto, et intendunt contrahentes ut valeat promissio quantum ex natura sua valere potest. Addi posset cum BILLUART, §. II, p. 79, promissionem gratuitam et promissionem onerosam, secundum se spectatas, esse ejusdem rationis, cum obligatio non oriatur præcise ex reciprocitate : porro admittunt omnes promissionem onerosam obligare ex justitia; ergo idem dicendum de gratuita.

Sed inquires : Ex art. 893 codicis Civilis duo tantum agnoscuntur modi disponendi gratuito, nempe donatio et testamentum; ergo saltem ex lege civili vim habere nequit promissio, seu obligare ex justitia.

R. Articulus ille non excludit promissionem, quia promittens non præcise disponit, sed se obligat tantum ad



disponendum : est ergo conventio de qua non loquitur quidem codex Civilis , sed quæ vim habere debet, sicut , ex art. 1134, vim habent omnes conventiones quæ nec bonis moribus, nec ordini publico, nec legibus adversantur. Unde agnoscere videntur jurisperiti varias legum dispositiones circa donationes non esse applicandas promissioni, nisi indirecte, id est, quatenus respiciunt donationem quæ est promissionis objectum.

476. Hinc 1. sub isto respectu promissio obligat sub peccato ex genere suo mortali. An tamen sufficiat eadem materia, ac in furto vel damno illato, non constat. Affirmat HENNO, q. II, p. 301, post Navarrum, quia obligatio promissionis sequitur naturam rei promissæ, sicut obligatio legis sequitur naturam rei præceptæ aut prohibitæ. Negant BILLUART, §. II, p. 81; COLLET, n° 99, p. 702; D. BOUVIER, p. 237; *Theolog. Tolosan.*, p. 304, et alii : quia ex communi apprehensione est jus imperfectius, et censetur minor injuria inferri in ejus violatione : unde quidam dicunt requiri materiam quaduplo majorem; alii, non posse quantitatem determinari, quia illud pendet ex circumstantiis quæ ab homine prudente examinandæ sunt. Eam quæstionem fuse discutit DE LUGO, n° 119-122, et concludit totum id pendere ab intentione promittentis : sub eo autem respectu, dicendum videtur requiri reipsa majorem quantitatem, quia facile præsumi potest promittentem nolle tam stricte se obligare, nec promissarium tam stricte urgere obligationem.

Hinc 2. qui deest promissioni, tenetur reparare damnum emergens : est enim illius causa efficax et injusta. Exempla citat COLLET, n° 102, p. 702, 703. Sed contendit BILLUART, p. 80, non idem esse dicendum de lucro cessante; quia nemo censetur se ad id obligare, nisi exprimat, et non ita apprehendit sensus communis : idem admittit ANTOINE, part. II, c. I, q. III, t. IV, p. 32.

Aliter sentit COLLET, n° 102, p. 702, 703, et existimat de lucro cessante idem dicendum esse ac de damno emergente. Nobis videtur distinguendum. Non tenetur promittens compensare lucrum quod promissarius ex ipsa re promissa, aut illa mediante, acquisiisset: v. g., alicui domum promiseram; non tenebor dare aliquid pro lucro quod percepisset eam locando. Si vero occasione promissionis lucrum cessaverit, v. g., quia promissioni fidens alicui lucro renuntiavit promissarius, compensandum erit, quia reducendum videtur ad damnum emergens.

477. II. Si spectentur promissiones gratuitæ, *prout fieri solent inter homines*, 1°. sæpe nullam proprie dictam obligationem inducunt. Sæpe enim homines qui utuntur his verbis, *Promitto, polliceor*, etc., nihil aliud intendunt nisi significare præsentem voluntatem et animi promptitudinem erga alios, non vero proprie promittere et aliquam obligationem sibi imponere. Sic qui ex quadam urbanitate promittunt, se omni loco, omnique tempore fore paratos ad aliorum obsequium, et similia, propositum denotant, non veram promissionem. Si quis tamen, ut observat BILLUART, p. 73, absque intentione promittendi utatur verbis promissoriis, et in iis circumstantiis in quibus apparet exterius vere promittere, et inde promissarius decipiatur cum suo damno, promittens tenebitur damnum compensare, utpote causa illius per suam fictionem.

2°. Sæpius promissiones gratuitæ obligant *tantum ex fidelitate*. Quando enim homines intendunt etiam vere promittere et se obligare, non ideo volunt ex justitia et graviter se obligare, quasi alteri conferant verum jus strictum: et si ab eis quæreretur, an in casu fidei violatæ haberi velint ut fures, et boni alieni detentores, negative statim responderent. Et ita etiam satis communiter apprehendunt ii quibus fiunt promissiones.

478. — 3°. *Aliquando* tamen obligant *ex justitia*, ut constat ex dictis : quando nempe promittens intendit jus strictum conferre, et promissarius illud acceptare. Illud autem locum habere judicandum est, non solum si id expresse exprimatur, sed etiam in quibusdam aliis circumstantiis. 1. Si *juramentum* accedat. Ita satis communiter : quod tamen intelligimus tantum de juramento plane deliberato et quodammodo solemnī ; si enim fiat, ut tam sæpe fit apud homines, ex mera consuetudine, non erit indicium sufficiens. 2. Si detur promissario *chirographum* aut aliud instrumentum. 3. Si promissio fiat *coram notario* et testibus. Hæc enim et similia communiter non adhibentur nisi quando suscipitur obligatio justitiæ.

479. Ex his deduci potest quid statuendum, si non constet quatenus promittens voluerit se obligare, prout non raro eveniet?

1°. Si promittens non cogitaverit de specie et gradu obligationis, promissio non censetur obligare ex justitia et sub gravi, quia, cum non fuerit perfecta advertentia, dici potest aliquid deesse ex parte voluntarii. Aliam rationem suppledit CUNILIATI, c. II, §. I, n<sup>is</sup> 6, 7, p. 344, 345, et adhibet etiam BILLUART, §. II, p. 82 : præsumptio eruenda est ex iis quæ agere solent viri cauti et timorati in consimilibus casibus : porro isti minorem obligationem contrahere volunt, nisi contrarium declarent ; quis enim eligere potens non malit obligari tantum sub levi ? Ergo, etc.

2°. Si dubium sit, omnibus pensatis, an promittens voluerit se obligare ex justitia, communior sententia tenet non adesse obligationem justitiæ. Cum enim, inquit BILLUART, p. 83, talis obligatio sit grave onus et sponte susceptum, non videtur imponendum nisi ei qui certo in illud consentit : nam onera sicut odia sunt restringenda.

Idem docet ipsemet COLLET, n° 106, p. 703, et CONCINA, *ibid.* citatus. Cavendum tamen ne ad hanc assertionem adstruendam recurratur ad principia probabilismi.

Quid vero, si dubitetur de ipsa promissione, an facta fuerit? — Negant multi, quos sequitur DE LUGO, n° 110, adesse obligationem : tum quia *In dubio melior est conditio possidentis* ; tum quia ita judicatur in foro externo, cui regulariter conformari debet forum internum. Sed agnoscit ipse solutionem pendere ab ea quæstione, an illud axioma de meliori conditione possidentis sit applicandum omnibus materiis. Porro satis notum est illud negari ab omnibus antiprobabilistis. Unde ait COLLET, n° 133, p. 710 : aliter sensi hactenus, et quamdiu superstes ero, aliter sentiam : existimo rem pro rata dubii dividendam esse ; adeo ut nec totum largiaris, cum forte nihil debes ; nec totum retineas, quando forte debes.

480. *Nota.* Eo modo loquuntur plures auctores de obligationis ex promissione ortæ transmissione ad hæredes, ut videantur supponere eam tantum transmitti quæ est ex iustitia. Verum docet DE LUGO, et pluribus evolvit, n° 98 et seq., etiam obligationem fidelitatis transire posse ad hæredes. Quæstio igitur solvenda est generatim ex principiis antea expositis (n° 264) : sed præsertim attendendum est ad varias circumstantias, ex quibus deduci poterit, an promittens seipsum tantum personaliter, an vero et suos hæredes obligare voluerit ; totum enim ex ejus intentione pendet.

481. II°. *An et quomodo cessare possit promissionis gratuita obligatio?*

Satis per se patet, et colligi potest ex dictis de contractibus in genere, promissionis obligationem variis modis cessare posse : v. g. ex libera remissione promissarii, si res promissa fiat illicita, impossibilis, vel promissario noxia aut plane inutilis, etc. Nobis sufficiat quædam adnotare.



1°. Non pauci dicunt tunc promittentem ab obligatione liberari, quando id evenit, quod si prævidisset, nolisset promittere. Verum ea regula non est omnino accurata; quia id inspiciendum quod factum est, non vero quod in tali aut tali hypothesis factum fuisset. Unde dicendum tantum tunc cessare, seu potius nunquam extitisse obligationem, quando prudenter judicatur promittentem de facto dum promitteret non intendisse se pro tali casu obligare. Ita, et merito, HENNO, q. IV, p. 306; BILLUART, §. III, p. 84; COLLET, n° 122 et seq., p. 707, 708.

2°. Cum duo sibi invicem promiserunt, et unus deest promissioni, liberatur alter. Talis censetur fuisse intentio promittentis: tum quia frangenti fidem, quin et ingrato, non est servanda fides; tum quia, cum paria sunt utriusque partis jura, fit compensatio. Ita COLLET, n° 120, p. 707, post LESSIUM, l. 2, c. 18, n° 75: uterque illud admittit etiam in casu quo posterior promissio facta non esset intuitu prioris, quasi in remunerationem; semper militat eadem ratio.

3°. Si quis rem promissam uni, postea alteri cum juramento promittat, non ideo cessat obligare prima promissio, quia secunda est de re illicita, et juramentum non potest esse vinculum iniquitatis: unde illud verum est, sive prior promissio obligaverit ex justitia, sive tantum ex fidelitate. Aliqua tamen restrictio apponenda est, nempe si prior promissio fuerit conditionata. Vid. DE LUGO, n° 106; COLLET, n° 129, p. 709.

Quid vero, si prior promissarius jure suo cedat, vel si promittens alio modo erga illum liberetur, tenebiturne erga secundum promissarium? — Negant iidem auctores, regulariter loquendo: promissio fuit invalida; nec postea convalescit, nisi iteretur. Dicitur tamen *Regulariter*, quia fieri potest ut promittens voluerit se obligare conditionate, posito nempe quod objectum fieret licitum, vel etiam se



obligare ad efficiendum ut prior promissio dissolveretur. Ita DE LUGO, n° 107; COLLET, n° 131, p. 710.

ART. 2. *De promissione onerosa.*

482. Quemadmodum promissio gratuita refertur seu ordinem dicit ad contractum gratuitum, ita promissio onerosa ad contractum onerosum. Dicemus tantum de promissione venditionis, de qua nonnulla occurrunt in codice Civili: quæ autem dicemus facile applicari poterunt, proportionem servata, aliis contractibus onerosis qui possunt esse objectum promissionis.

Promissio venditionis duplicis speciei distingui potest: altera unilateralis, qua promittens se obligat quidem ad vendendum, si promissarius id exigat, sed promissarius non se obligat ad emendum; altera bilateralis, qua unus se obligat ad vendendum, et alter ad emendum. Pariter promissio fieri potest vel simpliciter, vel cum arrhis interpositis. De variis illis hypothesebus sigillatim dicendum. Sed attendendum est agi tantum de vera promissione, non de mero proposito, vel de promissione nondum acceptata.

483. I. *De promissione venditionis UNILATERALI.* Olim, ut fuse exponit TROPLONG, *Vente*, t. I, n° 115, apud jurisperitos constabat validam esse hujusmodi promissionem, ac proinde aliquam producere obligationem: sed dissentiebant de hujus obligationis objecto, seu natura. Juxta quosdam, cum ex axioma *Nemo præcise ad factum cogi possit*, promittens cogi non poterat ad venditionem, sed tantum ad præstandam damnorum compensationem. Alii, inter quos POTHIER, *Vente*, n° 479, docebant hic applicandum non esse allatum axioma, quod respicit tantum facta personalia, quale non est factum venditionis, quod poni potest absque concursu debitoris, scilicet per auctoritatem judicis qua suppleatur contractus. Alii demum ulterius progredientes non exigebant ut judex cogeret ad

ineundum contractum, sed docebant cogere posse ad rem tradendam, soluto pretio, sicque ad consummandam venditionem ipso traditionis facto. Ita FACHINEUS, \* *Controv. Juris*, l. II, c. VII et VIII. Sed omnes illi auctores supponebant validam et obligatoriam esse talem promissionem.

Sub codice Civili, aliud dicendum esse asserit MERLIN, *Répert.*, v° *Vente*, §. VII, n° V, t. XVIII, p. 503, et v° *Non bis in idem*, n° XVI, t. XI, p. 578, 579, et in eo sensu judicarunt quædam tribunalia : sed, ut videtur, prorsus immerito. Articulus enim 1589, cui nititur Merlin, non loquitur de promissione unilateralis : huic igitur vim non confert; sed eam non irritam decernit. Talis ergo promissio non æquivalet quidem venditioni, sed vim habet, ut olim, cum nihil ejus validitati obstat. Ita TROPLONG, n° 116; DUVERGIER, *Vente*, t. I, n° 122; DURANTON, t. XVI, n° 49 et 52.

Sed facile intelligitur hanc promissionem non æquivalere venditioni, donec contractus venditionis initus fuerit; aliud est enim promittere venditionem, aliud vendere. Interim ergo res omnino remanet sub dominio promittentis, et illius periculo : potest eam locare, imo et alteri vendere, valebitque venditio, et omnino securus erit emptor, si fuerit bonæ fidei. Ita TROPLONG, *ibid.*, et n° 122 et 123; DUVERGIER, n° 123 : prior illud pro inconcusso tenet, quamvis contrarium propugnet DURANTON, n° 53; et revera id omnino consentaneum est principiis antea expositis, ubi nempe expendimus *An res alteri debita possit esse materia contractus* (n° 234). Nec dici potest cum Durantoni, hic applicari debere articulum 1179, ex quo conditio, quando impletur, habet effectum retroactivum. Etenim ille articulus vim non habet nisi ubi agitur de contractibus bilateralibus; eventus conditionis efficere nequit ut extiterit venditio quando non aderat obligatio nisi ex una tantum parte; TROPLONG, *ibid.*, et n° 113; DUVERGIER,

n° 126. Non applicatur etiam nisi contractibus qui traditionem rei non requirunt, ut suo loco monuimus (n° 315), nec proinde promissioni, quæ ex se statim dominium non transfert.

484. II. *De promissione venditionis* BILATERALI. Statuit art. 1589 codicis Civilis, promissionem venditionis æquivalere venditioni, quando contrahentes consentiunt de re et de pretio. Quonam sensu intelligenda sit ea dispositio, inter jurisperitos non constat.

Olim, inquit TROPLONG, n° 125 et seq., magna aderat ea de re obscuritas, et inter auctores judicique tribunalium discordia. Satis receptum erat, promissionem æquivalere venditioni : juxta plures, quia promissio illa habebatur tanquam venditio hic et nunc perfecta, sub onere conficiendi intra quoddam tempus instrumentum authenticum; juxta alios, quia cum ex promissione exsurgeret obligatio rem tradendi, prout diximus de promissione unilateralis (n° 483), eundem effectum producebat ac ipsa venditio, quæ ante traditionem rei dominium non transferebat. Sed, ut observat idem auctor, n° 129, neutra ex his explicationibus omnino accurata erat. Nam in priori, immerito promissionis nomine designabatur venditio vere et omnino perfecta, et ea tantum securitate destituta quæ oritur ex instrumento authentico. In posteriori autem, promissio discrepabat a venditione, quia periculum rei permanebat apud promittentem, dum in venditione statim transibat in emptorem, etiam ante traditionem, juxta POTHIER, *Vente*, n° 308.

Quidquid sit, talis erat jurisperitorum doctrina, quando sancitus est art. 1589. Porro juxta plures auctores, in sensu illius doctrinæ intelligendus est ille articulus. Ex eo sequitur tantum promissionem venditionis obligare ad rem tradendam : sed non ideo statim transfertur dominium rei, nec illius periculum transit in promissarium, donec pro-

missio completa fuerit per rei traditionem quæ supponit venditionem perfectam; vel nisi promissio respiciat tantum actum authenticum, non vero ipsam venditionem quæ supponatur locum habuisse vel verbo vel sub scriptura privata. Ita TROPLONG, n° 130; TOULLIER, t. IX, n° 91 et 92; CARRÉ, apud Duvergier, n° 124 et 125; PARDESSUS, *Droit commercial*, t. II, n° 298. Et revera contractus non operatur ultra intentionem contrahentium: porro contrahentes non intendunt ut dominium statim transferatur. Aliunde ex discussione illius articuli colligi posse videtur legislatorem voluisse tantum sancire doctrinam olim receptam.

Juxta alios, articulus sumendus est in sensu obvio: ideoque censetur statim venditio perfecta; et, si agatur de re certa et determinata, statim transit in dominium promissarii, qui hujus periculum subit. Promissio enim debet omnes venditionis effectus obtinere, cum nullus excipiat. Unde si res fuisset tertio vendita et tradita, promissarius posset eam repetere; applicando tamen articulum 1141, si ageretur de re mobili. Ita DURANTON, n° 51.

Tandem juxta alios, distinctio aliqua afferenda est. Si contrahentes expresse voluerint in futurum rejicere effectum promissionis, eorum voluntati standum erit, quia talis conventio nullo jure reprobatur: unde si facta fuerit promissio talem agrum vendendi post duos annos, et tale pretium eodem tempore solvendi, interim dominium remanebit penes promittentem, nec periculum subire debet promissarius. Sed elapsis duobus annis, statim perficietur conventio primæva, vi cujus dominium statim transibit in promissarium, absque ullo novo contractu: sicque verum est, etiam in hac hypothesi, promissionem habere vim venditionis. Si igitur promittens vendat rem tertio ante elapsum terminum, valebit venditio; si postea, irrita erit. Sicque discrepat tertia ista opinio a prima, juxta

quam valeret alienatio quæcumque facta ante initum novum contractum in promissionis executionem, vel ante iudicium quod illum suppleret. Ita DUVERGIER, n<sup>is</sup> 124, 125, cui videtur in prima opinione nimium restringi vim articuli 1589; qui exprimit quidem principium olim admissum, sed non debet intra illius limites restringi: posito enim quod promissio æquivalet venditioni, cum hodie ampliores ac olim effectus producat venditio, mirum non est quod et majores obtineat venditionis promissio.

Huic tertiæ opinioni libenter subscriberemus; sed si inter duas priores eligendum esset, prima omnino anteponenda nobis videretur.

485. III. *De venditionis promissione CUM ARRHIS.* Si promissio venditionis facta fuerit cum arrhis, quilibet e contrahentibus potest a contractu resilire: qui arrhas dedit, eas amittendo; qui vero accepit, duplum earum restituendo: ita art. 1590. Igitur per arrhas efficitur ut illa promissio non sit obligatoria, sed maneat in suspenso quamdiu ultra progressi non sunt contrahentes, seu perfecta non fuit venditio.

Sed gravis quæstio est, an idem dicendum sit, quando adduntur arrhæ venditioni perfectæ? — Quid ea de re variis temporibus statutum et admissum fuerit, fuse exponit TROPLONG, n<sup>o</sup> 138 et seq.

1°. In jure Romano ante Justinianum, satis constat arrhas fuisse argumentum emptionis et venditionis contractæ, neutiquam vero indicasse facultatem resiliendi a contractu. Hæcque jurisprudentia diu in Galliis et in Occidentis imperio viguit.

2°. Exstat ea de re dispositio imperatoris JUSTINIANI, *Instit.* III, XXIV. Sed de hujus sensu valde disputatur. Juxta multos, hæc juri antiquo non derogat: unde quando adjiciuntur arrhæ venditioni nondum perfectæ, adest quidem facultas resiliendi; sed si venditio sit jam perfecta,



resilire non licet. Juxta alios, sensus dispositionis est, hunc esse arrharum effectum, ut resilire liceat etiam a venditione perfecta, quamdiu non est adimpleta, id est, executioni mandata. Priorem explicationem admittebat POTHIER, *Vente*, n° 507, et non pauci e nostris jurisperitis : posteriori adhærent multi e recentioribus, DUCAURROY, *Instit. explicq.*, t. III, n° 1036 ; TROPLONG, *ibid.*; DUVERGIER, n° 136.

3°. Sub jure nostro veteri, facultatem resiliendi non admittebant Pothier, et multi alii : admittebant vero quidam, inter quos citatur DOMAT, l. I, tit. II, sect. VI, n° 4, 5, quamvis non omnino aperte loqui videatur. In priori sensu statutum fuisse videtur in pluribus consuetudinibus, quamvis contrarium supponerent auctores extranei.

4°. Quid ergo tandem sub jure novo? Asserebat coram cœtu legislativo tribunus GRENIER (*Cod. et Motifs*, t. VI, p. 89), per art. 1590 dirimi priscam controversiam : « La délivrance et la réception des arrhes déterminent le « caractère et l'effet de l'engagement en le réduisant à une « simple promesse de vendre, dont on pourra se désister « sous les conditions établies dans l'acte. » Idem propugnat DUVERGIER, n° 135 et seq. Cum, inquit, promissio venditionis æquivaleat venditioni, nulla est ratio cur arrhæ venditioni adjectæ non eundem effectum producant ac quando adjiciuntur promissioni venditionis.

Verum juxta plerosque alios auctores, si agatur de venditione jam perfecta, et non de mero proposito aut promissione venditionis, arrhæ non supponunt facultatem resiliendi a contractu. Ita MALEVILLE, unus e redactoribus Codicis, t. III, ad art. 1590 ; DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 134 ; PARDESSUS, t. II, n° 298 ; DURANTON, n° 50, p. 74. Idem fuse propugnat TROPLONG, n° 141 et seq., et *Louage*, t. I, n° 124, *Note*, quando agitur de venditione pura et simplici : ( si enim venditio facta fuerit

sub conditione suspensiva, aut resolutoria, aliter ratiocinandum est.) Ratio illius præcipua est, quia per venditionem jam ad emptorem dominium translatum est: ergo concipi nequit nova translatio per voluntatem unius tantum e contrahentibus.

Inter eas opiniones, hæc observaremus. 1°. Si cognosci possit quænam fuerit intentio contrahentium in adjiciendis arrhis, huic standum erit. Id ab initio observat DUVERGIER, n° 135, et admittunt aut supponunt alii. 2°. Quando dubium est an adfuerit venditio, an mera promissio venditionis, præsumenda est simplex promissio: ita DELVIN COURT, et TROPLONG, n° 141. Nam ex eo quod non constet de venditione, colligi potest conventionem non fuisse perfectam. Aliunde arrhæ adjici frequentius solent meris promissionibus quam conventionibus perfectis. 3°. Quando constat de venditione, non vero de intentione partium, non videmus rationem sufficientem cur venditioni applicetur art. 1590, qui non loquitur nisi de promissione venditionis; ac proinde non admittimus facultatem resiliendi: arrhæ tunc haberi debent veluti pignora ad securitatem conventionis, non vero ut facilitas concessa ad eam dissolvendam.

## CAPUT II.

### DE DONATIONE, SIVE INTER VIVOS, SIVE PER TESTAMENTUM.

486. In jure Gallico veteri, per edicta specialia statutum fuerat, primum quidem de donationibus inter vivos, per edictum anni 1731; deinde de testamentis, an. 1735; tandem de substitutionibus, an. 1747. Hæc tria edicta, quæ, promovente cancellario d'AGUESSEAU, lata fuerant, non raro in decursu memoranda occurrent, ut intelligantur variæ juris novi dispositiones, quæ ex iis desumptæ

sunt, vel cum iis affinitatem habent. In codice Civili, sub communi titulo ordinantur quæcumque spectant ad dispositionem bonorum titulo gratuito : et merito quidem, ut videtur, quia multa sunt donationibus et testamentis communia : quamvis tamen id reprehendant quidam jurisperiti, inter quos COIN-DELISLE, *Comment. analyt. du code Civil, Donations, Introd.*, n° 31. Quidquid sit, ab illo ordine non recedemus.

Ante omnia statuit art. 893, duplicem tantum modum admitti disponendi de bonis titulo gratuito, donationem, et testamentum, secundum formas a lege determinatas. Utriusque accurata definitio asserenda est, et postea inquiremus utrum et quatenus excludantur alii omnes modi.

487. I. DONATIO INTER VIVOS definiri potest : *Contractus quo quis actualiter et irrevocabiliter dominium rei suæ alteri gratuito transfert*. Ita fere iisdem verbis art. 894 codicis Civilis.

Dicitur 1°. *Contractus*, et non simpliciter *Actus*, ut legitur in codice Civili. Etenim donationem esse verum contractum olim propugnabant plerique jurisperiti, quorum nonnullos citat GRENIER, *Tr. des Donations*, t. I, n° 76. Solus fere repugnabat FURGOLE, *Sur les Donat.*, quest. I, n° XL, quest. VIII, n° I. In prima Codicis redactione donatio dicebatur quoque contractus : sed postea alia vox adhibita fuit, quia observatum fuit ex donatione non oriri mutuas utriusque partis obligationes, sed tantum ex parte donatoris. Verum illud non impedit quin donatio habenda sit ut verus contractus, et huic applicandæ sint regulæ generales de contractibus, quotiescumque non obstant regulæ speciales, prout post plures alios observat COIN-DELISLE, ad art. 894, n° 7. Et revera, 1. etiamsi nulla imponeretur obligatio donatario, non inde sequeretur donationem non esse contractum, sed solummodo esse contractum unilateralem : codex enim Civilis pluries, speciatim

art. 1103 et 1105, nomen contractus applicat conventioni inter plures, licet ex una parte nulla obligatio oriatur.

2. Aliquando donatario imponuntur quædam onera, ut aperte supponit art. 953 : et tamen dicitur donatio, non pura quidem seu mere gratuita, sed mixta, seu partim titulo gratuito, partim titulo oneroso. Vid. GRENIER, n° 76-78; DURANTON, t. VIII, n° 13 et seq.

Illud autem ita intelligendum est, quod donatarius non possit donationem semel acceptatam repudiare, ut se eximat ab implendis oneribus annexis. Contrarium propugnabat FURGOLE, quest. VIII, et quidam alii, quia, inquebant, donatarius non censetur obligationem suscipere nisi conditionate, id est, posito quod non renuntiet donationi. Sed sentiunt communiter jurisperiti, hodie saltem, eam opinionem non posse admitti. Ita GRENIER, n° 79 et seq.; DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 280; TOULLIER, t. V, n° 185, 283; DURANTON, n° 17; POUJOL, ad art. 894, n° 2; VAZEILLE, ad art. 945, n° 2. Revera contractibus semel initis omnino standum est : hinc ex art. 1184 et 1228, resolvitur quidem contractus quando una pars non implet onera imposita; sed altera pars potest exigere ut ea impleat.

Potest aliqua occurrere difficultas, si agatur de donatione facta minori : hanc infra expendemus (n° 545).

488. — 2°. Quo quis *Actualiter* : idea donationis includit ideam translationis dominii : unde necesse est ut donator actualiter illi renuntiet. Hinc ortum est vetus juris Gallici axioma : *Donner et retenir ne vaut*. Ex illo olim concludebatur necessariam esse rei donatæ traditionem. Hodie vero, cum ex art. 938 dominium transferatur vi solius contractus, ut exposuimus (n° 266 et seq.), traditio necessaria est tantum ubi agitur de bonis mobilibus, ne scilicet valide ab alia persona acquiri possint ad sensum articuli 1141. Vid. DELVINCOURT, t. II, p. 73; TOULLIER, n° 222; COIN-DELISLE, ad art. 894, n° 28.

Hinc non valet hodie donatio bonorum futurorum. Talis donatio, quæ in prisco jure Romano rejiciebatur, fuerat per leges Justiniani permessa. Apud nos olim magna fuerat consuetudinum et jurisprudentiæ diversitas. Sed edictum an. 1731, art. 15, hujusmodi donationes ita reprobavit, excepto casu matrimonii, ut donatio bonorum præsentium simul et futurorum prorsus irrita declararetur etiam quoad bona præsentia. Vid. *GRENIER, Disc. histor.*, p. 10 et suiv., et part. 1, n<sup>is</sup> 5, 6; *COIN-DELISLE*, ad art. 943, n<sup>is</sup> 2, 3. In codice Civili, art. 943, irrita quoque declaratur talis donatio : ita tamen, ut si includat bona præsentia simul et futura, irrita non sit nisi quoad bona futura. Ratio dispositionis est, quia donator transferre nequit dominium bonorum quæ nondum habet : et insuper penes ipsum esset donationem omni effectu frustrare, non acquirendo hæc bona. Excipiuntur, ut olim, donationes quæ fiunt per contractum matrimonii; art. 947, 1082, 1093 : de quibus dicemus in decursu.

Per bona futura intelliguntur ea quæ donator non possidet et super quibus nullum jus habet sive absolutum, sive conditionatum. Si enim habeat jus conditionatum, illud alteri transferendo vere dat aliquid jam existens. A fortiori non reprobatur donatio boni præsentis, facta ad certum tempus, seu nonnisi post certum tempus executionem obtentura, vel sub conditione suspensiva, aut cum reservatione ususfructus.

Quid vero, si donetur, v. g., quædam summa nonnisi post mortem donatoris solvenda? — Si donatio fiat absolute, adeo ut desumenda censeatur ex bonis præsentibus, quæ sint donatario quodammodo oppignerata, nulla est ratio cur non valeat : jus enim actualiter donatario conceditur. Nec obstat quod possit donator hoc irritum efficere, omnia bona sua dissipando. Exinde enim sequitur tantum donatarium æquiparari cæteris creditoribus, quorum jus



suspenditur, sed non destruitur, quando debitor impar est debitis solvendis : quod adeo verum est, ut si donatoris hæres successionem acceptaret sine beneficio inventarii, teneretur donationem exsequi, etiamsi nihil ex hæreditate perciperet. Si autem donatio ita fiat ut vere censeatur non afficere nisi bona quæ post mortem supererunt, tunc videtur irrita. Sed in dubio, favendum est donatario, quia actus intelligendi sunt *potius ut valeant, quam ut pereant*. Vid. DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 275; GRENIER, part. I, n° 7, et *Supplém.*, n° 7 bis; GUILHON, *Donat. entre vifs*, n° 5 et seq., et n° 21, 22; DURANTON, t. VIII, n° 457 et seq.

489. — 3°. *Irrevocabiliter* : habetur enim tanquam præcipuus donationis character ut a donatore revocari nequeat.

Hinc 1°. irrita est donatio sub conditione quæ pendeat a sola voluntate donatoris; art. 944. Multa jam diximus quæ inserviunt ad illius articuli explicationem (n° 324 et seq.). Si apponatur conditio ut revocetur donatio posito quod donator nubat, existimant DELVINCOURT, p. 274, GRENIER, n° 13, DURANTON, n° 477, donationem esse irritam, quia a donatore omnino pendet ut nubat, necne. Verum aliter sentit TOULLIER, n° 272, quia matrimonium non pendet a sola voluntate donatoris : ergo non applicandus art. 944. Ita olim docebant plures jurisperiti *ibidem* citati, illudque verbis articuli rigore sumptis satis consentaneum videtur. Attamen libenter distingueremus : si agatur de matrimonio cum tali determinata persona, dici nequit pendere a sola voluntate donatoris, ac proinde valet donatio; secus vero, si agatur de matrimonio cum persona qualicumque, quia moraliter loquendo id videtur esse omnino in potestate donatoris. Vid. VAZEILLE, ad art. 944, n° 3 et 4.

Hinc 2°. irrita est etiam donatio facta sub onere solvendi alia debita quam quæ existunt tempore donationis,

aut in ipso actu donationis, seu instrumento ipsi annexo, exprimuntur; art. 945. Alioquin penderet a donatore irritam reddere donationem, nova debita contrahendo. Si adesset onus solvendi debita contrahenda usque ad talem summam, irrita esset donatio in eadem proportionem, seu, aliis verbis, hæc esset restrictio donationis, seu *minus datum*, adeo ut, si moreretur donator iis debitis non contractis, deberet donatarius hæredibus restituere talem summam : TOULLIER, n° 225; VAZEILLE, ad art. 946, n° 3; GUILHON, n° 25; COIN-DELISLE, ad art. 945, n° 3 : id deduci potest etiam ex art. 946.

Dicitur *Alia debita quam quæ existunt tempore donationis aut exprimuntur*, etc., quia ista, cum non pendeant a nova voluntate donatoris, non irritant donationem, sed sunt illius restrictio; COIN-DELISLE, *ibid.*, n° 4.

Hæc autem satis indicant, ut observat GRENIER, n° 88, fieri posse ut donatarius teneatur solvere quædam debita donatoris. Utrum autem et quatenus id locum habeat, non determinatur in lege, nec constat inter auctores, et nunc paucis exponere operæ pretium erit.

In *jure Romano*, inquit TROPLONG, *Vente*, n° 449, donatio nunquam habebatur nisi ut titulus particularis; unde donatarius, etiam universalis, non tenebatur de debitis donatoris, juxta principia jam exposita (n° 264), et creditores actionem non habebant nisi adversus donatorem aut ejus hæredes. Attamen cum hæc actio aliquando inanis esse posset, si donator esset solvendo impar, tunc concedebatur creditoribus jus impugnandi donationem tanquam in sui fraudem factam : sed etiam in eo casu non competebat actio directa et personalis contra donatarium; id non sinebat rigor formarum in intentandis actionibus vigentium. Si autem non ille rigor attendatur, sed æquitas et justitia, manifestum erit donatarium teneri posse de debitis solvendis : sive quia nemo præsumitur donare nisi

bona sua, et *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*; sive quia donator non obligatur nisi *in quantum facere potest*, ac proinde retinere potest unde debita solvat; sive demum quia creditor gravari non debet ex liberalitate debitoris. Hinc quando temperatus est rigor formularum juris, agnitum est posse in certis casibus donatarium directe adiri a creditoribus donatoris. Videndum superest quid *in jure hodierno* admittendum sit.

1. Si donatio facta fuerit titulo particulari, certum est donatarium non teneri de debitis, et actionem non competere creditoribus, nisi quatenus donatio facta fuisset in eorum fraudem.

2. Si donatio sit universalis, nempe complectatur omnia bona præsentia et futura (quæ in casu tantum matrimonii locum habere potest), satis constat donatarium teneri de debitis, et directe a creditoribus adiri posse: id postulat justitia, et statuunt art. 1084, 1085. Solummodo agnoscunt omnes auctores, inquit TROPLONG, n° 455, eum non teneri ultra quantitatem rerum donatarum.

3. Si donatio fiat omnium bonorum quæ donatorisupere-runt tempore mortis, vel eorum partis aliquotæ, ad sensum articuli 1082, extra dubium est etiam, inquit DURANTON, t. VIII, n° 472, donatarium teneri de debitis proportionem habita partis quam recipit: est enim velut hæres; jus illius non exercetur nisi post mortem donatoris, cujus hæreditatem, vel illius partem, percipit.

4. Si donatio complectatur tantum bona præsentia, vel eorum partem aliquotam, longe major adest difficultas. Quamvis talem donationem habeat GRENIER, n° 87, ut universalem aut factam titulo universali, satis certum videtur potius dicendam esse titulo particulari: talis donatarius vere non repræsentat personam donatoris, nihil commune habet cum bonis quæ post donationem iste acqui-

rere potuit, vel cum obligationibus quas contraxit; non tenetur proinde de debitis sub illo respectu, seu quatenus vices gerens donatoris. Ita TOULLIER, t. v, n° 817, p. 735; DURANTON, *ibid.*, p. 514 et seq., ubi asserit ita sentire accuratiores auctores; TROPLONG, n° 453; DUVERGIER, *Vente*, t. I, n° 349. Non tenetur etiam ex rei natura : ut enim aiunt TROPLONG, n° 450, et TOULLIER, p. 733, cum donator remaneat obligatus erga creditorem suum ratione bonorum quæ retinet, vel quæ acquirere potest, creditor eum aut ejus hæredes adire debet, non vero donatarium : nisi tamen donator sit impar solvendo; quo in casu datur recursus in donatarium, ex art. 1167, vi cujus irrita declarari potest donatio facta in fraudem creditorum. Non etiam tenetur ex art. 1012. Quamvis enim ex iis quæ statuuntur de legatariis arguendum esse ad donatarios contendat GRENIER, n° 87, existimamus cum TOULLIER, n° 818, p. 741, et TROPLONG, n° 452, 453, dispositionem legis non esse extendendam ultra materiam quam respicit : ubi agitur de legatariis, actio creditorum dividitur inter hæredem et legatarium, ex art. 883; nihil vero tale occurrit circa donatarios, cum agnoscat ipse GRENIER, n° 95, donatorem et ipsius hæredes semper remanere vere debitores : unde ubi agitur de successione, debita inhærent, ut ita dicam, ipsis bonis ; in casu autem donationis, inhærent personæ donatoris, vel eorum qui eam repræsentant. Superest ergo ut videamus num donatarius teneatur de debitis ex voluntate donatoris. Admittunt omnes penes donatorem esse eum subicere vel eximere. Si igitur donator bona tradendo deduxerit unde solverentur debita, certum est donatarium non teneri, nec ullum jus competere creditoribus erga istum, cum nec ipse donator ullum retinuerit. Si expresse imposuerit onus solvendi debita, nulla etiam difficultas : satis patet ex art. 945. Si contra statuerit donator ut donatarius non

teneretur de debitis, dicit quidem DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 276, donatarium tunc non teneri erga donatorem, sed teneri tamen semper erga creditores : verum illud in eo tantum sensu admittendum est, quod isti possint impugnare donationem ut fraudulentam, non vero quod directe recurrere possint ad donatarium : iste enim eximi potuit a debitis, ut agnoscit ipse GRENIER, n° 89. Quid vero, si donator mentem suam non aperuerit? — Si donatio nondum fuerit traditione completa, satis verisimile videtur donatorem servare jus e bonis donatis subtrahendi unde debita solvat : vult enim donare bona sua; porro hæc non intelliguntur nisi deducto ære alieno. Id æquum esse agnoscit TOULLIER, n° 817, p. 736, et n° 818, p. 738 : ita etiam DURANTON, n° 473 : ita plerumque judicabitur, juxta COIN-DELISLE, ad art. 945, n° 11, ex interpretatione contractus. Si vero jam facta fuerit traditio, docebat RICARD, *Donat.*, part. III, n° 1523, donatorem per istam traditionem factam sine reservatione debitorum censi debere renuntiassse facultati quidquam pro iis exigendi, ac proinde donatarium de iis non teneri. Quamvis autem id tutum non existimet GRENIER, n° 90, id admittunt TOULLIER, n° 817 in fine, et n° 818, p. 739; TROPLONG, n° 451; nec abnuat DURANTON, n° 473 - 4°, præsertim si simul concurrant circumstantiæ ex quibus confirmari possit hæc donatoris voluntas.

5. Demum si donatio non fiat quotæ partis bonorum, sed tantum cujusdam speciei, v. g., mobilium vel immobilium, docet ipse DELVINCOURT, p. 277, censendam esse donationem titulo particulari, nec proinde teneri donatarium de debitis. Idem a fortiori propugnant TOULLIER, n° 818, p. 740 et seq., et TROPLONG, n° 451, p. 575. Et revera hic dici nequit deducendum esse æs alienum; non enim dici potest : *Immobilia aut mobilia non*



*intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Contradicit tamen DURANTON, n° 493 - 5°, agnoscens nihilominus minorem esse rationem judicandi quod donator voluerit partem debitorum conjicere in donatarium. Cæterum libenter cum ipso agnoscimus ad solutionem quæstionis multum conferre posse circumstantias, quia ex his deduci potest quænam fuerit donatoris voluntas.

Hinc 3°. si donator sibi reservaverit facultatem disponendi de aliquo objecto in donatione incluso, quoad illud irrita erit donatio, adeo ut, si ante mortem de illo non disposuerit, pertineat ad donatoris hæredes; art. 946 : quoad tale objectum donatio non fuit irrevocabilis, nec proinde valida.

490. — 4°. *Gratuito.* Observat MALEVILLE, ad art. 894, hanc vocem addendam fuisse ut distingueretur donatio ab aliis contractibus. Illa autem vox, ut observat DELVINCOURT, p. 75, non est in eo sensu intelligenda, quod nullum onus donatario imponi possit; contrarium supponit ipsemet Codex, ut modo diximus; sed duo includit : 1°. ut donatio, quæ est actus liberalitatis, sit saltem ab initio utilis donatario, nec proinde oneribus compensentur comoda; 2°. ut donator aliud det quam quod debet; alioquin non erit donatio, sed solutio. Ut autem non adsit donatio, sufficit ut adfuerit debitum naturale, saltem si fuerit perfectum : ita observat DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 272; cum enim ex art. 1235 repeti non possit quod solutum est ex tali obligatione, signum est hanc obligationem agnosci per legem, et haberi ut fundamentum solutionis. Unde talis dispositio non subjiceretur solemnitatibus ad donationem requisitis, nec iisdem causis revocationis. Varia consecutaria ex hoc principio deducenda occurrent in decursu (n°s 558, 586, 589, 609, 611).

491. — 5°. *Transfert dominium.* Illa vox sumitur sensu

latiori, quia potest donator conferre vel dominium plenum, vel tantummodo imperfectum, v. g., usumfructum. De quo vid. art. 949, 950.

6°. *Rei suæ* : non enim donari potest res aliena, ut jam vidimus (n° 236). Nec donator tenetur donatarium indemnem præstare in casu evictionis, nisi ad id se expresse obligaverit; quia censetur velle transferre tantum jus quod habet. Si tamen fuerit malæ fidei, debet compensare sumptus quos donatarius in re donata fecit. Ita statuitur in jure Romano, l. 18, §. 3, ff., xxxiv, v, *de Donationibus* : ita docent jurisperiti nostri, DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 266; TOULLIER, n° 207; GRENIER, n° 97; DURANTON, n° 529 : item et theologi, *Collat. Andegav.*, *Contrats*, conf. II, quest. II, in fine, p. 366; JUEIN, *Cas de consc.*, t. I, tr. VI, c. III, p. 366.

492. — II. TESTAMENTUM definitur : *Actus revocabilis quo quis disponit de bonis suis, aut de certa illorum parte, pro tempore mortem subsequuturo*. Ita fere art. 895.

Dicitur 1°. *Actus*, non vero *Conventio*; quia in testamento concurrunt tantum voluntas testatoris. Si tamen concurreret simul acceptatio legatarii, existimat TOULLIER, n° 11, *Note* 5, et n° 352, quem citat et approbat MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Donation*, §. VI, t. III, p. 456, non ideo irritum fore testamentum, modo omnia alia servata fuissent; quia nullibi prohibetur legatarii concursus sub pœna nullitatis. Aliud tamen docet COIN-DELISLE, ad art. 969, n° 15, quia ille concursus esset, non solum contra votum legis, sed contra formam quam exigit : in testamento enim olographo, si subscribat legatarius, jam testamentum non erit sola testatoris manu scriptum; testamentum autem publicum jam non esset integre a testatore dictatum. Sed concurrere potest legatarius et acceptare, quin subscribat testamento, vel censeri possit illud dic-

tare. Vid. quæ infra dicemus de *Donatione in causa mortis* (n° 495).

2°. *Revocabilis* : ut dicitur in jure Romano (l. 4, ff., xxxiv, iv, de *Adimendis legat.*), *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum*. Illa autem revocabilitas ita essentialis est, ut testator huic renunciare nequeat. Hinc non amplius admittuntur clausulæ quæ olim dicebantur derogatoriæ, seu revocatoriæ, quibus scilicet declarabat testator non valiturum esse novum testamentum, nisi talia aut talia verba adhiberentur. Illæ clausulæ, ut multarum litium semina, et multis incommodis obnoxia, prorsus suppressæ sunt jam ab edicto an. 1735, art. 76. Vid. DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 293 ; TOULLIER, n° 608 ; DURANTON, t. IX, n° 425.

3°. *Quo quis*, in numero singulari, quia testamentum debet exprimere voluntatem unius personæ tantum. Hinc si testamentum in eodem actu a pluribus fieret, irritum esset, ex art. 968. Sic suppressum est testamentum quod dicebatur *conjunctivum*, sive *mutuum* : ita sanxit edictum an. 1735, art. 77, ob lites quæ exoriebantur præsertim circa revocationem hujusmodi testamentorum. Vid. DELVINCOURT, p. 294 ; COIN-DELISLE, ad art. 968, n° 1-4.

4°. *Disponit* ; quæ vox duo indicat. 1. Sufficere ut testator disponat, sive per institutionem hæredis, sive per legatum, sive quocumque alio titulo ex quo voluntas illius innotescat : ita art. 967 ; qui, ut observat MALEVILLE, innumeras leges et discussiones resecurit, et inutiles efficit. Hinc etiam, ut advertit TOULLIER, n° 345, si quis non intendat præcise bona sua alicui transferre, sed statuatur, v. g., ut e bonis suis ædificetur ecclesia, aut fiat aliud opus publicum, erit vere testamentum, quia disponit de aliqua bonorum suorum parte. 2. Requiritur ut testator vere disponat ; quia si ipse non disponat, sed alteri dispen-

dum relinquat, non adest testamentum. Sed quo sensu illud sumendum sit, seu quousque extendendum, non constat. Ait RICARD, *Donations*, part. I, n° 569, hanc esse quæstionem valde difficilem, et quæ a doctoribus agnoscitur ut fere insolubilis ex terminis juris. Ipse tamen conatur varios juris textus conciliare, ope quarundam distinctionum, quas magna ex parte sequitur DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 335 et seq. 1. Si legatum committatur voluntati hæredis vel alterius, non quoad substantiam, sed quoad electionem inter certas personas, vel inter certas res, vel quoad tempus, etc., valet: tunc enim vere superest dispositio testatoris. 2. Si fiat dispositio sub conditione quæ pendeat, non a nuda voluntate, sed a quodam facto hæredis, valet etiam, quia non omnino pendet ab illo. Ita etiam POTHIER, *Testam.*, c. II, sect. II, art. VIII, §. 1. Intelligi potest ex iis quæ diximus circa conditionem potestativam (n° 324). 3. Valet etiam legatum, si committatur arbitrio hæredis, *tanquam in arbitrium boni viri*, v. g., *si existimaverit, si justum putaverit*, etc.; quia tunc non relinquitur ejus nudæ voluntati. Ita etiam POTHIER, *ibid.* Sed non consentiunt omnes auctores nostri, ut diximus *ibid.* (n° 325). 4. Demum si legatum absolute committatur voluntati hæredis aut alterius, illud absolute irritum putat RICARD, n° 570: sed DELVINCOURT, p. 337, irritum quidem credit, si agatur de voluntate hæredis aut alterius cui incumbat onus solvendi legatum, non vero si agatur de alia persona, cujus nihil pecuniarie intersit an dispositio effectum sortiatur, necne: dici posset tunc esse conditionem casualem quoad legatarium, ut dicitur circa contractus (n° 324). Vid. tamen POTHIER, *ibid.*, §. II. Quoad ipsum hæredem, aliam distinctionem affert POTHIER, §. I: dicit irritum esse legatum sub ea conditione, *Si hæres voluerit*; non vero sub ista, *Nisi hæres noluerit*. Quidquid sit de his omnibus, quæ sunt valde

subtilia, nonnulla dicemus infra de difficultatibus practicis quæ aliquando occurrunt, præsertim in legatis ad pias causas, et quarum solutio aliquatenus pendere potest a principio quod nunc expendimus (nº 570).

5º. *De bonis suis*, quia si quis sub forma testamenti exprimat voluntatem suam de objecto bonis suis extraneo, non erit testamentum, cui lex tribuat vim exsecutoriam. Pariter si quis testamento suo inserat quasdam dispositiones quæ bona sua nullo modo respiciant, id est, quarum exsecutio nemini pecuniarie prosit, nec inexsecutio ulli noceat, illæ dispositiones committentur soli conscientiæ eorum ad quos diriguntur. COIN-DELISLE, ad art. 895, nº 3.

6º. *Aut de certa eorum parte*, quia potest testator, si velit, non disponere nisi de parte bonorum; tunc cætera transibunt ad hæredes naturales. Sic recedit lex nostra a dispositione juris Romani, in quo admittebatur hæc regula : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.*

7º. *Pro tempore mortem subsequens*, quia *Ubi testamentum est*, ut ait S. PAULUS, *Hebr. IX, 16, mors necesse est intercedat testatoris : testamentum enim in mortuis confirmatum est ; alioquin nondum valet, dum vivit qui testatus est.*

Ex his intelligitur præcipuum discrimen inter donationem et testamentum in eo positum esse, quod donatio statim transferat dominium, et quidem irrevocabiliter; testamentum vero revocari possit, nec effectum habeat, quamdiu vivit testator.

493. III. Inter donationem et testamentum quasi medium tenet quæ dicitur DONATIO IN CAUSA MORTIS. Hujus natura accurate investiganda est, ut dignoscamus an sub jure nostro locum habere possit.

Donatio triplici præsertim modo fieri potest, ut expli-



catur in jure Romano, l. 1, ff., xxxix, v, *de Donationibus*. Si quis det ea mente, *ut statim velit accipientis fieri*, nec ullo casu ad se reverti, hæc proprie donatio appellatur, qualem mox definivimus. Si det, *ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit*, est donatio sub conditione, scilicet suspensiva. Si demum quis ea mente det, *ut statim quidem fiat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti*, est donatio sub conditione resolutoria : qualis est mortis causa donatio. Hæc igitur definiri potest : Conventio qua quis actu quidem donat, sed ita ut velit rem non esse absolute et irrevocabiliter donatarii ante mortem suam, et interim possit eam repetere. Unde, ut ait JUSTINIANUS, *Instit.*, II, VII, §. 1, donator in eo casu *magis se vult habere, quam eum cui donat; magisque eum cui donat, quam hæredem suum* : id est, seipsum anteponebat donatario, donatarium autem hæredi suo. Hæc igitur donatio differt a testamento, quia fit ex mutuo consensu donatoris et donatarii, cujus acceptatio requiritur; sicque non est tantum actus, sed contractus, participatque naturæ donationis inter vivos. Differt autem a donatione inter vivos, quia revocabilis est ad nutum donatoris, usque ad obitum suum : sicque participat naturæ testamenti; et dicitur *in causa mortis*, non solum, imo nec præcipue, quia fit intuitu mortis, sed quia non est *perfecta*, seu irrevocabilis, *antequam mors insequatur*, prout dicitur in jure, l. 32, ff., xxxix, vi, *de In mortis causa donat*. Ex quo intelligitur donationem in causa mortis fieri, non sub conditione suspensiva, ut supponunt quidam auctores, sed sub conditione resolutoria : si enim fieret sub conditione suspensiva, vim non haberet, nisi ea impleta, ac proinde post mortem donatoris (vid. n<sup>o</sup> 302, 305); dum inita sub conditione resolutoria, statim valet, sed ea impleta resolvitur (n<sup>o</sup> 341). Quanti intersit illud discrimen, ex dicendis in decursu (n<sup>o</sup> 555) manifestum erit.

494. Jam vero sub jure Romano, cum ambiguum esset an hujusmodi donatio instar donationis, an legati haberi deberet, declarat JUSTINIANUS, *Instit.*, II, VII, §. 1, a se constitutum esse, *Ut per omnia fere legis connumeretur*. Scilicet donatio in causa mortis exigebat acceptionem donatarii, prout communiter docent jurisperiti, et inter alios RICARD, *Donations*, part. 1, n° 24, et fusius FURGOLÉ, *Donations*, t. II, quest. XLVII, p. 441 et seq., quos citat et sequitur GRENIER, *Disc. historiç.*, sect. III, p. 66 : in hoc igitur essentialiter discrepabat a dispositione testamentaria. Deinde cum testamentum proprie dictum plures requireret solemnitates, v. g., institutionem hæredis, septem testes, et quidem rogatos, seu ex professo vocatos, etc., nec ab omnibus fieri permetteretur, quæ omnia non exigebantur ad simplicem codicillum, seu ad dispositionem testamentariam minus solemnem, isti dispositioni æquiparabatur donatio in causa mortis : sufficiebant quinque testes, etiam non rogati, sed qui fortuito venissent ; fieri poterat etiam a filiisfamilias, quibus testari non licebat, etc. Illæ juris Romani regulæ olim apud nos admittebantur in provinciis quæ dicebantur juris scripti. Quoad provincias autem juris consuetudinarii, quædam consuetudines silebant de donationibus in causa mortis ; quædam eas omnino rejiciebant ; multæ eas admittebant. Inter istas, quædam præscribebant formam specialem ; sed pleræque exigebant formas testamentorum, quæ multo simpliciores erant quam ex legibus Romanis, sed tamen solemniores quam pro donationibus inter vivos : pariter juxta plerasque consuetudines latius extendebatur facultas donandi inter vivos quam per testamentum. Ratio ita statuendi fuerat, quia homines plerumque difficilius se spoliant bonis suis statim et irrevocabiliter, quam pro tempore mortem subsequuturo, et modo revocabili, quique solos hæredes attingat : unde præcavebantur captationes et suggestiones,

potius quoad testamenta, quam quoad donationes inter vivos. Sed inde fiebat ut multi extremo morbo laborantes, in fraudem hæredum ab intestato, recurrerent ad donationem inter vivos. Quapropter articulo 277 consuetudinis Parisiensis, cui consentaneæ erant multæ aliæ consuetudines, statutum fuit omnes donationes factas in ultimo morbo e quo decessisset donator, quamvis fierent tanquam inter vivos, habendas fore tanquam in causa mortis et testamentarias. Sed inter jurisperitos non constabat, quomodo hæc omnia intelligenda essent : utrum nempe donatio in causa mortis, destituta solemnitatibus testamentariis, sed vestita solemnitatibus donationis inter vivos, et imperfecta tantum ex defectu irrevocabilitatis, habenda esset ut omnino irrita, an vero valeret ut dispositio in causa mortis, vi cuius donatarius posset sibi vindicare quidquid a donatore per testamentum recipere poterat; idem quærebatur de donatione vestita omnibus solemnitatibus inter vivos requisitis, sed facta in ultimo morbo. Vid. RICARD, c. II, n° 37 et seq., ubi strenue, et, ut videtur, satis merito, pugnat pro omnimoda nullitate; FURGOLE, *Donations*, ad art. IV, p. 38; BOUTARIC, ad eumd. art., p. 16.

In eo jurisprudentiæ statu, latum est edictum anni 1731, cujus sic habebat art. 3 : « Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet...., « que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments ou les codicilles, en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos États que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre-vifs, et l'autre celle des testaments ou des codicilles. » Articulus autem 4 : « Toute donation entre-vifs, qui ne seroit valable en cette qualité, ne pourra valoir comme donation ou disposition à cause de mort, « ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit

« revêtue. » Edictum autem anni 1735 sic statuebat, art. 22 : « Dans tous les pays où les formalités établies  
« par le droit écrit pour les dispositions de dernière vo-  
« lonté ne sont pas autorisées par les lois, statuts ou cou-  
« tumes, il n'y aura à l'avenir que deux formes qui puis-  
« sent avoir lieu pour lesdites dispositions ; savoir, celle  
« des testaments, codicilles, ou autres dispositions olo-  
« graphes..., et celle des testaments, codicilles, ou autres  
« dispositions reçues par personnes publiques.... Abro-  
« geons toutes autres formes de disposer à cause de mort  
« dans lesdits pays. »

Ex his edictorum dispositionibus orta est inter jurispe-  
ritos controversia, an adhuc admitti possent donationes in  
causa mortis : hanc satis fuse expendit *Nouveau DENIZART*,  
v° *Donat. à cause de mort*, §. III, t. VII, p. 17 et seq.  
Scilicet quidam concludebant ex allatis articulis abrogatas  
omnino fuisse donationes in causa mortis. Sed, ut obser-  
vat MERLIN, *Questions de Droit*, v° *Donation*, §. VI, n° IV,  
t. III, p. 455, contrarium potius colligendum fuisset ;  
cum enim dicatur eas faciendas esse in forma testamenti,  
satis aperte supponitur eas non abrogari. Idem fuse evol-  
vit FURGOLE, ad art. III, p. 24 et seq., et *Tr. des Testam.*,  
t. III, c. XIV, n° 1-3, p. 630 et seq. Imo, quod omne du-  
bium tollere debuit, pluries asserit D'AGUESSEAU, respon-  
dens observationibus quæ a variis curiis fuerant exhibitæ  
circa hunc articulum, Regem non sustulisse donationes in  
causa mortis, sed solum earum formam determinasse :  
« Le Roi a voulu régler par cet article, comment la dona-  
« tion à cause de mort doit se faire, et non pas abolir cette  
« disposition dans les lieux où elle est en usage. Il a or-  
« donné que la forme en seroit semblable au moins à celle  
« des dispositions de dernière volonté qui exige le moins  
« desolennité, c'est-à-dire, des codicilles. » Ita in epist. 287,  
t. IX, p. 345 : idem pluries asserit in epistolis sequenti-

bus, p. 349, 354, 362, 370, 374. Attamen, ut observat COIN-DELSLE, ad art. 893, n° 2, magnam mutationem inducebat præfatum edictum. Antea donationes in causa mortis erant conventiones in quibus concurrebat acceptatio et traditio : talesque permanebant in contractu matrimonii. Sed extra hunc contractum, jam post edictum non erant conventiones, sed dispositiones testamentariæ, cum fieri non possent nisi in forma testamenti aut codicilli.

495. Hodie longius adhuc progressus videri potest legislator : articulus enim 893 non retinuit priorem partem articuli 3 edicti an. 1731, ex qua, ut diximus, deduci poterat adhuc vigere donationes in causa mortis ; et insuper videtur attingere non solum formam, sed et ipsam dispositionis substantiam, cum statuatur neminem posse disponere titulo gratuito nisi per donationem inter vivos, aut per testamentum, et utrumque statim definiat ad removendum alium quemcumque modum. Hinc asserebat tribunus JAUBERT (*Code et Motifs*, t. IV, p. 325), hodie admitti non posse donationes in causa mortis. Idem docent GRENIER, *Observat. prélim.*, n° XIII, p. 131 ; DUPIN, *ad Recitat. Heineccii*, not. ad §. 456 ; HUTTEAU in Pothier, *Donat. entre-vifs*, t. I, p. 373 ; DURANTON, t. VIII, n° 6 et seq. ; POUJOL, *Donations*, ad art. 893, n° 2.

Alii tamen sentiunt donationes in causa mortis etiam hodie locum habere posse. Ita MERLIN, *Répert.*, v° *Donation*, sect. X, t. V, p. 180, et *Quest. de Droit*, loc. cit., p. 456, et alii. 1°. Nihil satis clare indicat legislatorem voluisse progredi ultra edictum an. 1731 ; potius præsumendum est eundem esse sensum, licet verba non sint forte adeo accurata. 2°. Ex art. 967, potest quilibet disponere per testamentum sub quacumque denominatione : porro nil obstat quin sub eo verbo includatur donatio in causa mortis. 3°. Art. 893 necessario restringendus vide-



tur, ut conciliari possit cum art. 1096, ex quo donatio inter conjuges est semper revocabilis, sicque haberi debet ut donatio in causa mortis.

Inter has opiniones, ait TOULLIER, n° 11 : « Si la première opinion paroît fondée sur l'interprétation rigoureusement littérale du Code, la seconde semble plus conforme à son esprit et à l'équité. » Sed quæstionem accurate expendens COIN-DELISLE, ad art. 893, n° 3 et seq., observat æquitatem non posse prævalere legi, et judicat hanc esse nimis apertam, ut jam admitti possit donatio in causa mortis. Sic autem refellit argumenta mox allata. 1°. Ex art. 967 sequitur tantum irritum non fore testamentum ex eo quod testator illud designasset nomine donationis in causa mortis, quia ex nomine non mutatur substantia rei; sed nihil ultra exinde deduci potest. 2°. Cum quælibet dispositio testamentaria deroget ordini successionum legali, nulla admitti potest nisi permissa lege, et secundum formas lege determinatas : lex autem ut aliam quamcumque removeret, generalem prohibitionem tulit. Neque legislatori deerat motivum æquitatis, quia longe melius de voluntate libera testatoris constat per testamentum, quod ipsi soli tribuendum est, quam per donationem in causa mortis, in qua concurrit ipse donatarius. 3°. Edictum an. 1731 admittebat, ut vidimus, donationes in causa mortis, quando agebatur de matrimonio : sed nihil tale occurrit in codice Civili. Donationi quidem bonorum futurorum per contractum matrimonii, de qua art. 1082 et seq., et art. 1093, non omnino congruit definitio donationis allata art. 894. Inde sequitur tantum speciales regulas statui, per modum exceptionis, quoad illam donationem : sed nedum legislator illam subjecerit regulis donationum in causa mortis, contra declarat, art. 1081, ipsi applicari regulas donationis inter vivos, iis exceptis de quibus aliter expresse statuitur. Immerito igitur de ea donatione judi-

caretur secundum principia donationum in causa mortis, de quibus hodie in legibus nostris nihil occurrit. Pariter donationi inter sponsores, quæ ex art. 1094 et 1096 semper est revocabilis, non potest aptari art. 894, ex quo donatio inter vivos est irrevocabilis. Sed quid inde? Sequitur tantum regulæ generali de irrevocabilitate afferri exceptionem in casu speciali per legem ipsam determinato: sed non concludendum eo ipso non adesse amplius in hoc casu donationem inter vivos. Irrevocabilitas non est de essentia donationum inter vivos, sed tantum de natura: ex solo jure positivo exigitur; ergo potest in casu peculiari non exigi, salva manente donationis substantia. Ex his omnibus concludit præfatus auctor, n° 8, varios disponendi modos qui olim pertinebant ad donationem in causa mortis jam amplius admitti non posse, nisi includantur in exceptionibus per legem ipsam admissis.

Agnosendum est satis valida videri hæc argumenta. Cæterum etiam admissio principio de abrogata donatione in causa mortis, præcipue intererit expendere an illud extendendum sit usque ad donationes manuales: de quo postea (n° 555, 556). Quoad ipsum autem principium, possent forsitan duæ opiniones aliquatenus conciliari. Agnoscere debent omnes non vigere donationes in causa mortis, in eo sensu quod detur quidam modus disponendi in causa mortis diversus a testamento. Sed si quis, servando formam testamenti, faceret dispositionem, revocabilem quidem, sed in qua concurreret donatarii acceptatio, nil vetaret hanc dici donationem in causa mortis, aut saltem aliquid simile. Porro non invalidam fore talem dispositionem agnoscunt, non solum TOULLIER et MERLIN jam antea allati (n° 492), sed multi alii, etiam ex iis qui stant pro abrogatione donationis in causa mortis, scilicet GRENIER, *Supplém.*, n° XIII bis, p. 13; DURANTON, n° 11; FAVARD, *Répert. de la Nouv. Législat.*, v° *Donation à cause de mort*, t. II, p. 178;

POUJOL, n° 5; ROGRON, ad art. 893, modo donatarius non adsit ut testis (art. 975), et nihil scribat in tenore testamenti olographi (art. 970); unde ait, juxta plerosque auctores donationem in causa mortis abrogatam fuisse quoad formam, non vero quoad substantiam; idem ait BOILEUX, ad art. 893.

496. His præmissis, exponendas habemus regulas quæ spectant tum ad donationes inter vivos, tum ad testamenta. Quædam ex iis regulis sunt utrique communes; quædam speciales testamento, vel donationi, vel certis donationum speciebus. Ad scopum nostrum interest, ut non solum eas dignoscamus, sed præsertim ut investigemus quamnam vim in conscientia habeant. Ut illud facilius et accuratius assequamur, opportunum putamus eum ordinem sequi, ex quo statim appareat in quo convenient, in quo discrepent regulæ donationum inter vivos, et regulæ testamentorum. Quapropter agemus 1°. de capacitate donandi et accipiendi; 2°. de parte honorum quæ dari potest; 3°. de forma in dando servanda; 4°. de revocatione donorum; 5°. tandem de regulis quasdam donationum species peculiariter respicientibus.

#### ART. 1. *De capacitate donandi et accipiendi.*

497. Antequam expendamus quid ea de re statutum fuerit in jure civili, operæ pretium est paucis investigare undenam repetenda sit facultas donandi.

Si sermo habeatur de *donatione inter vivos*, nulla videtur adesse posse vera difficultas. Qui rei dominium habet potest ei renunciare, ea conditione ut alter per suam acceptationem illud acquirat: unde communiter admissum est facultatem donandi esse a jure naturali; quod intelligendum de jure consequente originem dominii qualem exposuimus in *Tr. de Justitia* (n° 20 et seq.).

At vero circa transmissionem per *testamentum* longe major adest difficultas.

Alii originem testamenti a jure naturali non posse deduci sentiunt, et dicunt facultatem eo modo disponendi oriri a jure civili. Ita inter eos qui de jure publico scripserunt PUFFENDORF, l. IV, c. x, §. 4 et seq.; SCHWARZ, *Instit. jur. nat. et gent.*, t. II, p. 97 et seq., edit. in-4°; ZALLINGER, *Instit. jur. natur.*, §. 120; HEINECCIUS, *In Grotium*, l. II, c. VI, §. 14, et in *Vinnium*, loc. mox citando; THOMASIIUS in speciali dissertatione, item TREKELL, *De origine atque progressu testamenti factionis*, c. I, §. VII et seq. : inter jurisperitos, d'AGUESSEAU, *Plaid.* 37, t. III, p. 356, 386, 512, qui et ita asseruit in proœmio edicti regii an. 1735 circa testamenta; BOUHIER, *Observat. sur la Coutume de Bourgogne*, c. XXV, n° LIX, *OEuvres*, t. I, p. 710, et c. XXVIII, n° XXIII, p. 768, c. XIX, n° VI, p. 525; BOULLENOIS, *Tr. des Statuts*, t. I, p. 706 et seq.; POTHIER, *Donat. testamentaires*, c. I; *Répert. de Jurispr.*, v° *Occupation*, §. III, art. II, n° VI, t. XI, p. 687; et alii jurisperiti nostri veteres, ut videtur, communius; et inter recentiores, DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 192; TOULLIER, n° 343; GRENIER, t. I, p. 1; COIN-DELISLE, *Introduct.*, n° 7: inter theologos, HAUNOLDUS, t. II, tr. VI, n° 14, 15; *Theolog. Wirceburgens.*, part. I, de *Jure*, n° 437; BEÜSCH, c. I, n° 89: editor bibliot. Ferraris, v° *Testamentum*, art. I, n° 64, et alii quos sequitur D. RICHARD, et LABRUNIE; LOGEROT, p. 66 : inter canonistas, SCHMALZGRUEBER, in lib. III *Decretal.*, tit. XXVI, de *Testament.*, n° 3 et seq., quamvis cum aliqua restrictione. Ratio est, quia ad domini translationem necesse est ut concurrant voluntas et potestas transferentis cum acceptatione acquirentis eo tempore quo fit alienatio; illud principium satis intelligitur ex antea dictis : atqui hæc tria in testamento concurrere nequeunt.



Nam vivente testatore, deest voluntas, nec testator revera dominium transfert, cum nullum jus, imo nec spem certam alteri conferat; remanet rerum suarum omnino dominus: pariter interim legatarius cum effectu consentire non potest et acceptare. Mortuus autem testator transferendi jus non habet, quia *Mors omnia jura solvit*, et dominium bonorum fortunæ, quæ nec usum præbent mortuo, nec ab eo servari possunt, cum homine extinguitur, uti et omnis voluntas circa ea disponendi extingui censetur; ergo, etc. Uno verbo, irrita est naturaliter dispositio quæ refertur ad tempus quo disponens erit inhabilis (nº 321): atqui ita fit in testamento.

Alii tamen dicunt facultatem testandi oriri a jure naturali. Ita inter publicistas, GROTIUS, l. II, c. VI, §. 14; BARBEYRAC, *ibid.*, et in *Puffend.*, loc. cit.; LEIBNIZIUS, WOLF, *Instit. jur. natur.*, §. 927; BURLAMAQUI, etc.: inter jurisperitos, plerique interpretes juris Romani, inter quos VINNIUS, *Instit.*, l. II, tit. X, nº 3: inter theologos, MOLINA, tr. II, D. CXXIV, nº 12; et alii ita satis communiter supponunt, quamvis ordinarie quæstionem ex professo non expendant: inter recentiores, D. BOUVIER, p. 243; D. GOUSSET in notis ad *Collat. Andegav., Contrats, Observat. prélim.*, nº XII, t. IV, p. 237, et ad *Ritual. Tulon.*, t. IV, p. 59. Nitiuntur autem, 1º. auctoritate. Videmus enim usum testamenti jam a temporibus remotissimis. Citari potest exemplum Abrahami, *Genes.* XV, 3. Idem constat de omnibus, aut fere omnibus populis: ubique æquitati convenire visum est voluntatem defuncti ratam haberi. Porro quod adeo universaliter receptum fuit, juri civili tribui nequit. 2º. Ratione. Illud enim juri naturali tribuendum est, quod nihil in se repugnans involvit, et bono societatis moraliter necessarium est. Atqui talis est facultas testandi. 1. In se non repugnat. Nam testamentum est actus initus sub duplici conditione, quod nempe sit revoca-

bilis, et quod nonnisi post mortem effectum obtineat : atqui illa duplex conditio nihil rationi aut juri adversum continet ; est dispositio facta ab homine, dum vivit, et post illius mortem effectum consecutura, quam repugnare non satis clare ostenditur. 2. Est moraliter necessaria bono societatis. Nam duo includit ; facultatem transmittendi bona, et quidem modo usque ad mortem revocabili : atqui utrumque moraliter necessarium est. Prius quidem : tum ut parentes possint providere sorti filiorum, qui sæpe sibi satis consulere nequeunt ; tum ut foveatur eorum industria ; tum denique ut vitentur incommoda, alioquin subsequutura : nempe rixæ et lites, si bona defuncti relinquantur primo occupanti ; et auctoritas immodica principis, si ipsi tribuantur, et sic dominium possit acquirere omnium regni sui honorum. Posterius etiam : tum quia durum est ut parens per vitam suam teneatur irrevocabiliter se spoliare dominio honorum suorum ; tum quia plurimi interest ut foveatur ipsius auctoritas, jus ipsi reservando unicuique e filiis, propinquis aut amicis dandi, vel non dandi, pro uniuscujusque merito. Ergo, etc.

Alii demum, ut vitent difficultates utriusque prioris opinionis, quasi mediam viam tenent. Juxta quosdam, facultas testandi habet quidem fundamentum in jure naturali, sed vim totam et ultimam haurit e jure civili, eo fere modo quo diximus *de Successione ab intestato* in *Tr. de Justit.* (nº 503). Unde, inquiebat D. PARDESSUS, injustus esset legislator qui vellet eam penitus auferre ; sed potest eam restringere. Juxta alios, testamenti origo deducenda est ex jure gentium : scilicet, inquiunt, illa facultas est æquitati naturali omnino consentanea ; ideo ex conventionem expressa vel tacita hominum orta est, quando facta est rerum divisio, vel saltem a remotissimis temporibus : neque existimanda est ab auctoritate principis ita dependens, ut possit eam pro nutu et arbitrio tollere vel

suspendere. De hoc ultimo puncto vid. SCHMALZGRUEBER, qui ostendere conatur facultatem testandi per legem, statutum, vel consuetudinem abrogari posse, *loc. cit.*, n° 8 et seq.

498. Inter illas opiniones, hæc adnotare nobis sufficiet.

1°. Illa quæstio vix ullius est quoad praxim momenti, quidquid in contrarium statuunt quidam theologi. Ad duo enim conferre primo intuitu videri posset : 1. ad adstruendam principi potestatem ferendi leges circa testamenta, quæ obligent in conscientia ante sententiam judicis; 2. ad statuendum quod reipsa irrita sint absolute in conscientia testamenta quæ dicuntur imperfecta, seu minus solemnia. Porro ex his duobus, primum satis solide nobis adstrui videtur independentem a præsentī quæstione, ut intelligi potest ex dictis (n° 88) : posterius vero ex prima opinione non rite deduci infra ostendetur (n° 591).

2°. Si tamen mentem nostram aperire oporteat, hæc nobis ad veritatem propius accedere videntur. 1. Stando principiis generalibus quibus reguntur contractus et transmissio bonorum, ex jure naturali vim non habet testamentum. Id satis adstruere nobis videntur rationes primæ opinionis. 2. Cum primæva bonorum divisio ex hominum conventionem expressa vel tacita, aliqua saltem ex parte, repetenda sit, fieri potuit ut homines sibi reservarent aut reservare censerentur facultatem disponendi per testamentum : tunc quodam sensu facultas testandi tribuenda erit juri naturali, vel juri gentium. 3. An ita factum sit, est valde dubium. Si enim ex una parte id persuadere videantur tum usus communis gentium, tum utilitas quam inde societas percipit, obstat ex altera, quod quædam ab auctoribus citentur gentes apud quas non viguit usus testamenti : tales sunt, juxta multos, antiqui Germani, Athenienses ante Solonem, Hebræi, Indi, etc. Insuper aliud est aliquid esse valde utile, aliud esse absolute necessa-

rium. Argumenta allata in secunda opinione probant statuendum esse modum, sive naturalem, sive a lege civili ortum, juxta quem parentes provideant liberis suis, nec eorum bona remaneant vacantia, et jurgiis et litibus obnoxia : sed non satis aperte demonstratur id nonnisi per testamentum obtineri posse.

*Nota.* Præsenti quæstioni quanquam affinis, cum hac tamen non omnino confundenda est altera quæstio *de Successionibus ab intestato* : non desunt enim inter eos qui testamentum tribuunt juri civili, qui juri naturali adscribant successionem. De illa quæstione jam satis egimus in *Tr. de Justitia* (n<sup>is</sup> 502, 503).

499. His expositis, investigandum nunc habemus quid de capacitate donandi et accipiendi statuerit jus civile. Porro agnoscit codex Civilis, art. 902, eos omnes posse donare et recipere quos lex non declarat inhabiles : satis erit ergo indicare quinam inhabiles declarentur, et simul exponere, præsertim in ordine ad forum conscientiæ, naturam et vim illius inhabilitatis.

Porro inter eos qui ex jure declarantur inhabiles, quidam sunt absolute inhabiles, sive ad donandum, sive ad recipiendum; quales mortui civiliter, ex art. 25 : quidam sunt tantum inhabiles ad donandum, non vero ad recipiendum; quales interdicti, etc. : alii demum non sunt inhabiles nisi relative, id est, non possunt donare tali personæ aut ab ea recipere, sed possunt donare cuicumque alteri, aut ab eo recipere; hæc inhabilitas aliquando fundatur in aliqua circumstantia transitoria, qua cessante, cessat ipsa inhabilitas, aliquando in circumstantia permanente.

De inhabilitate mortuorum civiliter jam satis diximus in prima parte (n<sup>is</sup> 206 et 207) : de cæteris inhabilitatis causis nunc loquemur; primum quidem de inhabilitate ad donandum, deinde de inhabilitate ad recipiendum.



§. 1. *De inhabilitate ad donandum.*

500. Agemus sigillatim de variis inhabilitatis causis in jure nostro expressis; et de nonnullis aliis, de quibus dubium moveri potest an adhuc admittendæ sint.

I°. DE MINORIBUS. De eorum inhabilitate generatim spectata et in ordine ad varios contractus, jam plura diximus, in prima parte (n° 182 et seq.). Sufficiat hic memorare aut indicare quæ spectant ad donationes et testamenta.

501. — 1°. *Ante annum ætatis XVI completum*, minor non potest dare, neque per donationem, neque per testamentum; art. 903 codicis Civilis. Lex cavere voluit ne minor ex ætatis suæ fragilitate damnum sibimet ipsi inferret.

Quidam tamen casus excipiendi sunt. 1. *Casus matrimonii*: potest minor dare per contractum matrimonii quidquid dare potest major; art. 1095, 1309, 1398. Ratio est, quia, ex axioma, *Habilis ad nuptias habilis est ad matrimonii consequentias*. Sed requiritur, ex ipsis verbis articuli 1398, ut tempore contractus habilis sit ad matrimonium.

Sed quæstio est, an semel inito matrimonio, subjectus remaneat legi communi, id est, inhabilis ad donandum etiam alteri conjugi? — Quibusdam videtur hujusmodi donationem, utpote ex art. 1096 semper revocabilem, permitti posse minori eodem modo quo ipsi permittitur testamentum art. 904: ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 197; VAZEILLE, ad art. 904, n° 2. Alii tamen observant exceptionem non apponi nisi ut facilius sit matrimonium; quo proinde inito, cessare debet. Insuper etiam quando per testamentum disponere posset, si ad testamentum non recurrat, irrita erit donatio quæ per legem non conceditur. Ita TOULLIER, n° 925; GRENIER, t. II, n° 461; DURANTON, t. VIII, n° 184; COIN-DELISLE, ad art. 904, n° 16.

2. Excipiendæ videntur *parvæ donationes*, quæ fiunt de manu ad manum. « Observant auctores, inquit BILLUART, « diss. II, art. II, §. II, p. 90, posse minores valide donare et expendere secundum decentiam sui status, prout « aliis paris conditionis permitti solet : quod si excedant, « peccabunt quidem, sed raro mortaliter, quia neminem « damnificant. » Hæc satis consentanea sunt iis quæ supra jam diximus (n° 193) : idemque admittit TOULLIER, t. II, n° 1298.

502. — 2°. *Post annum ætatis XVI*, possunt minores donare per testamentum; sed dimidiam partem tantum bonorum quæ dare possent, si majores essent; art. 904. De quo hæc advertere sufficiat.

1. Ex ipsis articuli verbis deducunt jurisperiti intelligendum esse de XVI annis completis. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 198; TOULLIER, n° 60; DURANTON, n° 186; COIN-DELISLE, n° 5.

2. Limitatio facultatis ad dimidiam partem attingit etiam testamentum factum in gratiam alterius conjugis : art. 904 est omnino generalis; neque hic applicatur ratio cui innititur exceptio de qua art. 903. Ita GRENIER, n° 461; DURANTON, n° 187; VAZEILLE, ad art. 904, n° 3; COIN-DELISLE, n° 7.

3. Apud jurisperitos omnino non constat quomodo intelligenda sit illa dimidia pars, seu potius quisnam sit effectus restrictionis appositæ. Aliter explicat DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 199, aliter TOULLIER, n° 117 : priorem explicationem admittebat GRENIER, t. II, n° 579; sed ad posteriorem rediit *Supplém.*, n° 583 *bis*, p. 231 et seq.; istam quoque admittunt DURANTON, n° 191 et seq.; VAZEILLE, ad art. 915, n° 7.

4. Quid statuendum, si testamentum confectum fuerit tempore minoritatis, sed testator moriatur post majoritatem, jam diximus (n° 255).

503. *Nota.* Quæ statuuntur de minoribus, nullatenus pendent ab emancipatione : id est, non requiritur minorem esse emancipatum, ut possit ea præstare quæ ipsi permittuntur; DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 198 : neque amplius præstare potest, licet emancipatus; TOULLIER, t. II, n° 1298; DURANTON, t. VIII, n° 182 : « A l'avenir, » inquietabat tribunus JAUBERT, *Cod. et Motifs*, t. IV, p. 329, « plus de distinction sur la capacité de disposer « entre les mineurs émancipés et ceux qui ne le sont pas. » Ita etiam quoad utramque partem COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 3, 4.

504. II°. DE UXORIBUS. 1°. Uxor potest *per testamentum* disponere, ex art. 905 : quia testamentum refertur ad tempus quo non amplius stabit auctoritas maritalis, prout jam diximus (n° 199) : nil proinde obstat quin uxor eo modo jura sua exerceat. COIN-DELISLE, ad art. 905, n° 1.

2°. Quoad *donationem inter vivos*, statuit idem art. 905, uxorem non posse donare sine consensu speciali mariti, vel auctoritate judicis. Existimat DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 200, posse nihilominus uxorem, si sit bonis separata, donare bona mobilia, ex art. 1449 ; et, si sit sub regimine dotali, donare bona mobilia paraphernalia, ex art. 1536, et 1576 : in eodem sensu articulum 1449 intelligit GUILHON, n° 125. Verum alii sentiunt art. 905 sumendum esse omnino generaliter et absolute ; cæteros vero articulos non intelligi debere nisi de dispositione titulo oneroso. Reipsa mariti valde interest ne donationes ab uxore sua fiant. Unde ex recentiori Curiae supremæ jurisprudentia, eatenus tantum uxori separatæ permittitur disponere de bonis mobilibus, quatenus id requirit administratio bonorum, adeo ut secunda pars articuli 1449 haberi debeat tantum ut consecrarium primæ partis. Conditio ergo uxoris eadem fere est ac minoris emancipati, qui donare nequit nisi in casibus et sensu mox memoratis

(n<sup>is</sup> 185 et 503). Ita DURANTON, *Contrats*, t. I, n<sup>o</sup> 241, et *Cours*, t. II, n<sup>o</sup> 492, et t. VIII, n<sup>o</sup> 208; VAZEILLE, ad art. 905, n<sup>o</sup> 3; ROGRON, ad art. 1449, ubi refert iudicium Curiae supremæ; BOILEUX, ad eundem articulum; COIN-DELISLE, ad art. 905, n<sup>o</sup> 4.

505. III<sup>o</sup>. DE INTERDICTIS. Ex art. 901, non possunt donare ii qui non sunt sanæ mentis. Hinc satis patet eum qui fuit interdictus nec valide donare, nec testamentum conficere posse (vid. n<sup>o</sup> 195). Si latum non fuerit iudicium interdictionis, posse postulari nullitatem donationis aut testamenti in casibus de quibus loquitur art. 504, satis constat : extra hos casus, idem dicendum esse probabilius est, ut jam diximus (n<sup>o</sup> 195). Si datum fuerit tantum concilium iudicarium, vid. quæ diximus n<sup>o</sup> 197.

506. Ea occasione disserunt jurisperiti de donationibus vel testamentis obtentis per captationem et suggestionem; item de dispositionibus quæ dicuntur ab irato. Duplex ille modus impugnandi dispositiones olim locum dabat multis litibus : de utroque nonnulla dicere satis erit.

I. *De captatione et suggestione*. Seriem legislationis et jurisprudentiæ exponunt TOULLIER, n<sup>o</sup> 705 et seq.; GRENIER, t. I, n<sup>o</sup> 143 : e quibus hæc pauca depromere sufficiat.

Aliquamdiu in jure Romano per captationem intelligebatur quædam dispositio quæ tendebat ab obtinendum in sui gratiam eadem quæ fiebant in gratiam alterius; v. g., *Constituo hæredem Titium in eadem portione qua me hæredem instituet, vel Petrum*. Postea vox illa in eodem sensu adhibita est ac suggestio : per utramque designatæ sunt artes adhibitæ ab obtinenda præsertim testamenta. Illæ artes velut quid indecorum habebantur, et qui eas exercebant turpi nomine dicebantur *Hæredipetæ* : sed non ideo legibus irritabantur testamenta. In Galliis, plures consuetudines suggestionem ut causam nullitatis testamenti ad-



mittebant, sed in alio sensu acceptam, quatenus nempe testamentum, non dictante testatore, sed alio suggerente conscriptum fuisset. Quidam auctores, ulterius progressi, testamenta per captationem aut suggestionem obtenta irritari posse docuerunt : quibus favere visum est edictum an. 1735. Cum autem captationis et suggestionis natura non satis accurate determinaretur, multæ inde lites oriebantur. Hinc in prima codicis Civilis redactione declarabatur jam admittendam non fore huiusmodi actionem; sed illa declaratio suppressa fuit, ne videretur ipsa lex incitare ad ea media adhibenda : et eo modo legis motiva exposuit orator Gubernii, BIGOT-PRÉAMENEU (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 269), ut appareat hæc omnia commissæ fuisse prudentiæ iudicum. Unde ita statuendum videtur. Vel in illis suggestionibus et captationibus adfuit dolus, seu vis, vel non : in priori casu, irritæ erunt dispositiones, quæ ex dictis requirunt voluntarium plenum (nº 47); in posteriori, non videtur ratio sufficiens irritandi, quia nec jure naturali, nec civili fit illa irritatio. Præter auctores citatos, vid. GUILHON, nº 221; VAZEILLE, ad art. 901, nº 12 et seq.; COIN-DELISLE, ad art. 901, n<sup>is</sup> 14, 16.

507. II. *De dispositionibus ab irato.* Eo nomine designabantur dispositiones quas aliquis ex odio erga hæredes naturales facit in gratiam extraneorum : et quando ex ea causa postulabatur nullitas, dicebatur actio *ab irato*. Illa actio locum pariter dabat multis litibus : de ea silet Codex; unde standum videtur principiis mox indicatis. Quapropter sic distingueremus cum GRENIER, nº 146, p. 286. Vel odium seu alia prava cupiditas orta fuit ex mente ipsiusmet disponentis, vel solummodo ex suggestionem alterius. In priori casu, non adest ratio sufficiens irritandi, quia non defuit libertas sufficiens; nisi omnino perturbatus fuisset usus rationis, quod non ita frequenter evenit. In posteriori, recurrunt quæ diximus circa captationem; et viden-

dum an adfuerit dolus, etc. Ab his quoad substantiam non recedunt, quamvis aliter loqui videantur, DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 195 et seq.; TOULLIER, n° 717; PIGEAU, t. I, p. 441; DURANTON, t. VIII, n° 161; VAZEILLE, ad art. 901, n° 16; COIN-DELISLE, ad art. 901, n° 15.

508. IV°. DE BONORUM CESSORIBUS, gallice DES FAILLIS. Quando declaratus est iudice eorum status, amittunt administrationem bonorum suorum, nec proinde donare possunt. Imo irritæ declarantur donationes factæ intra decem dies quæ præcesserunt cessationem solutionum. Quæ autem antea factæ sunt, possunt irritæ declarari, si probetur eas fuisse fraudulentas. Hæc omnia jam exposuimus in prima parte (n° 394 et seq.).

509. V°. DE MONIALIBUS. Ex decreto 18 februarii 1809, art. 9 et 10, moniales quæ dicuntur *hospitalières*, non poterant bonis suis renuntiare in gratiam familiæ, neque de iis disponere inter vivos in gratiam sive communitatis, sive cujuscumque alterius personæ: sed quælibet monialis servabat bonorum dominium et administrationem, et poterat de iis disponere per testamentum ad normam codicis Civilis. Quælibet ergo monialis inhabilis erat ad donandum inter vivos, sed omnino habilis erat ad disponendum per testamentum. Motivum prohibitionis erat ne moniales, per suarum familiarum aut communitatis suggestiones, spoliarentur, sicque cogerentur, elapso termino votorum quæ lex perpetua non agnoscit, ea renovare, ne ad statum indigentiae redigerentur.

Ex lege autem 24 maii 1825, art. 5, hæc tantum restrictio apponitur juri personarum pertinentium ad communitatem legaliter agnitam. Non possunt donare inter vivos, vel per testamentum, sive communitati, sive alteri ex ejus membris, nisi quartam partem bonorum. Hæc tamen prohibitio non attingit donationem aut testamentum quæ non excedunt summam decem millium francorum;

neque respicit casum, quo donataria vel legataria hæres est in linea recta donatricis vel testatricis. Hæc retulimus in *Tr. de Justitia* (nº 220). Est ergo inhabilitas tantum relativa : de qua hæc observari possunt.

1º. Hæc sunt verba legis : *Nulle personne faisant partie d'un établissement autorisé ne pourra*, etc. His attingi, non solum moniales quæ dicuntur professæ, sed et ipsas novitias et postulantes, dicunt jurisperiti : COIN-DELISLE, ad art. 910, nº 9, ubi citat Duvergier. 2º. Si donationes fiant pluribus membris communitatis, et simul sumptæ excedant summam lege determinatam, applicanda erit dispositio legis. *Ibidem*. 3º. Etiam si donatio non excedat decem millia francorum, locus erit reductioni in gratiam hæredum legalium, si excedat portionem disponibilem. *Ibid.*

Lex illa 24 maii 1825 spectat ad omnes moniales, etiam ad eas quæ dicuntur *hospitalières*, et de quibus statuebat decretum 18 februarii 1809 : id constat sive ex discussionibus, sive ex art. 8 legis. Iis ergo applicatur art. 5 mox memoratus. Sed non ita constat, an sublata fuerit inhabilitas donandi sive familiæ, sive extraneis, decreto an. 1809 quoad illas sancita. Juxta COIN-DELISLE, *ibid.*, *Note*, opinio negativa magis est consentanea principiis : lex enim recentior nullam includit sub eo respectu derogationem decreto anteriori, et semper stat motivum modo assignatum. Attamen agnoscit opinionem affirmantem deduci ex Instructione ministeriali adjuncta legi, in qua expresse dicitur, art. 12, monialibus permitti dispositionem suorum bonorum, salva restrictione indicata, *Ici leurs droits sont ceux du reste des Français* : et fatetur hanc esse sententiam communem fori Parisiensis (*du barreau*).

### §. 2. De inhabilitate ad recipiendum.

510. Hic præcipue occurrit distinctio allata (nº 500) inter inhabilitatem absolutam, et relativam. Quoad postre-

nam, observari potest inhabilitatem afficere quidem simul donatorem et donatarium, sed non esse necessario mutuum, seu reciprocum: id est, si quis declaretur inhabilis ad dandum tali personæ, iste eo ipso declaratur inhabilis ad recipiendum a tali donatore; sed ex eo quod sim inhabilis ad recipiendum ab aliquo, non ideo sum inhabilis ad ei donandum; vel viceversa, licet inhabilis ad donandum alicui, possum tamen ab eo recipere, si nil aliud obstat.

Cæterum facile intelligitur inhabilitatem absolutam et relativam de qua hic loquimur, confundi non debere cum nullitate absoluta et relativa de qua in prima parte.

511. I°. *De inhabilitate ABSOLUTA ad recipiendum.*

I. Absolute inhabilis est ad recipiendum *qui nondum conceptus est*. Satis patet eum qui non existit non posse recipere: sed coram lege existere censetur qui jam est conceptus. Ex art. 906, ut quis recipiat ex donatione inter vivos, sufficit ut fuerit conceptus tempore donationis; ut vero recipiat ex testamento, tempore quo moritur testator. Requiritur tamen ut infans nascatur *vitalis*, eodem sensu quo expositum fuit quoad successiones ab intestato in *Tr. de Justitia*, (n° 507): ut enim observat DURANTON, t. VIII, n° 227, regulæ quæ admittuntur in præsentī materia quoad successiones, applicandæ sunt pariter donationibus et testamentis.

Ratio discriminis inter casum donationis et casum testamenti, desumenda est ex principio jam exposito (n° 247 et seq.): requiriturabilitas tempore quo jus acquiritur; porro in donatione acquiritur eo momento quo perfecta est donatio; in testamento autem, quando moritur testator. Exinde autem sequitur sufficere ut infans conceptus fuerit tempore quo acceptata est donatio, quia tunc tantum perficitur et jus confert. Ita plures jurisperiti; DURANTON, n° 223; VAZEILLE, ad art. 906, n° 1: quibus tamen refragatur COIN-DELSLE, ad art. 906, n° 2, quia ex sensu



obvio verborum donatarius debet esse conceptus quando fit *donatio*, seu *actus donationis*; et revera hic actus, etiam ante acceptationem, includit saltem promissionem, quæ non valet nisi aliquis sit qui vel per se, vel per eum a quo repræsentatur, acceptet.

Quomodo facienda sit acceptatio, exponetur infra (n° 547).

Ex prima illa inhabilitatis causa concluditur fieri non posse dispositiones in gratiam institutorum utilitatis publicæ nondum existentium : si quæ factæ fuerint, pro irritis habentur, nec conceditur approbatio regia de qua infra (n° 523 et seq.). Adsunt tamen quædam exceptiones. 1. Si dispositio facta fuerit in gratiam *capellæ* nondum erectæ, statuitur edicto 19 januarii 1820, postulandam esse simul erectionem capellæ et approbationem dispositionis. Hujus exceptionis hanc rationem affert VUILLEFROI, *Administrat. du Culte catholique*, v° *Chapelle*, n° VII, p. 119 : « On peut dire qu'il y a lieu de considérer le legs fait pour « l'établissement d'une chapelle comme fait à la commune, « ou à la cure ou succursale, dont la chapelle n'est qu'une « dépendance, avec affectation spéciale au service du culte « dans la chapelle. » 2. Si dispositio non fiat nisi indirecte in gratiam instituti publici, et directe in gratiam personæ accipiendi capacis, prout infra exponemus (n° 525).

512. II. *De extraneis*. Olim extranei non poterant dispo-  
nere per testamentum de bonis immobilibus sitis in Gal-  
lia, nisi adesset speciale ea de re foedus cum gente ad  
quam pertinebant; hæc autem bona ad Regem vel Dynastam  
devolvebantur, jure quod dicebatur *Droit d'aubaine* : sed  
poterant disponere inter vivos. Hanc rationem discriminis  
afferunt auctores, quod testamentum haberetur ut juris  
tantum civilis, donatio vero ut juris naturalis.

Codex Civilis, art. 912, statuebat extraneum non posse  
recipere a regnicola, nisi in casibus in quibus ipse poterat

disponere in gratiam regnicolæ : sed nullibi declarabat utrum et quandonam posset disponere. Recurrendum erat ad principium articuli 11 codicis Civilis, de quo vid. GRENIER, t. I, n° 114. Quando nullum exstabat fœdus, plures putabant permitti donationem, non vero testamentum : vid. PIGEAU, t. I, p. 442; DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 263, et *Cours*, t. VIII, n° 216.

Quidquid sit, per legem 14 julii 1819 abrogatus est art. 912, et extraneus potest recipere et disponere quemadmodum regnicola.

### 513. II°. *De inhabilitate RELATIVA ad recipiendum.*

I. Inhabilis est *tutor erga minorem*. Ex art. 907, tutor, nisi sit e numero ascendentium, nihil potest accipere a pupillo suo, sive inter vivos, sive per testamentum, etiamsi ad xvi ætatis annum pervenerit; imo etiamsi majoritatem attigerit, nisi ei redditæ sint tutelæ rationes. Timuit legislator ne hujusmodi dispositiones carerent plena spontaneitate, et ne tutor auctoritate sua abuteretur in pupilli detrimentum : unde statuit præsumptionem generalem, contra quam nulla probatio admitti potest; proindeque, licet tutor longe a pupillo versaretur quando facta est dispositio, hæc nihilominus irrita esset. Ita GRENIER, t. I, n° 120; GUILHON, n° 175; CHARDON, *du Dol*, t. I, n° 164, p. 310; VAZEILLE, ad art. 907, n° 4; COIN-DELISLE, ad art. 907, n° 6. Observat tamen DURANTON, t. VIII, n° 198, non satis merito irritum declarari testamentum factum post majoritatem : cum enim nonnisi morte confirmandum sit, et semper sit revocabile, non applicatur motivum legis. Attamen lex est generalis.

Dicitur 1°. *Tutor* : cumque verba legis irritantis stricte sumenda sint, auctores inhabilitatem non extendunt ad curatorem, vel subrogatum tutorem (quinam his nominibus designentur, vid. n<sup>is</sup> 183 et 185) : DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 203; TOULLIER, n° 65; GRENIER, n° 122;

GUILHON, n° 180; DURANTON, n<sup>is</sup> 200, 201. Sed ea attingitur qui dicitur co-tutor (n° 183); VAZEILLE, ad art. 907, n° 6.

Dicitur 2°. *Nisi sit e numero ascendentium*, quia tunc præsumitur dispositionem fieri ex pietate filiali. Sed non excipiuntur alii cognati, licet satis propinqui, a fortiori nec affines; alioquin lex fere plerumque eluderetur. Ita DELVIN COURT, p. 203; GUILHON, n° 184; DURANTON, n° 197. Si tamen tutor esset unus ex hæredibus, reciperet partem a lege adjudicatam, quia prohibetur tantum dispositio facta a pupillo. Ita GRENIER, n° 125.

Dicitur 3°. *A pupillo suo*, etiam emancipato, ut constat ex discussionibus; COIN-DELISLE, ad art. 907, n° 3. Sed de pupillo tantum loquitur art. 907. Attamen si agatur de interdicto, cum ex art. 509 hic assimiletur minori quoad personam et bona, et aliunde eædem militent rationes, judicat GUILHON, n° 179, quem sequitur COIN-DELISLE, n° 12, adesse eamdem inhabilitatem.

Dicitur 4°. *Nisi redditæ sint rationes*, quia lex timuit ne per obtentam donationem tutor se eximeret a ratione tutelæ reddenda. Sed consentiunt auctores non requiri ut persolutum fuerit pupillo quod ipsi deberi potest: DELVIN COURT, p. 203; TOULLIER, n° 65; DURANTON, n° 199; GRENIER, n° 119; GUILHON, n<sup>is</sup> 173, 174; CHARDON, t. I, n° 164, p. 308; COIN-DELISLE, n° 13.

514. Huc referri potest, propter connexionem materiæ, art. 472, quo prohibetur omne pactum inter minorem et tutorem, donec fuerit reddita tutelæ ratio, et tradita hujus instrumenta. Ratio est, juxta DELVIN COURT, t. II, *Notes*, p. 310, CHARDON, t. I, n° 72, p. 121, et alios, ne tutor, qui rerum statum cognoscit, possit decipere minorem, qui censetur ignorare, donec redditam sibi tutelæ rationem potuerit expendere. Quamvis ille art. 472 loquatur modo prorsus generali, communius tamen admittitur

non attingere quamcumque conventionem, sed eam tantum quæ respiceret gestionem tutelæ, et cujus effectus esset liberare, etiam indirecte, tutorem a reddenda ratione: vid. CHARDON, t. I, n° 72, ubi quæstionem accurate expendit; ROGRON, ad art. 472, ubi profert judicium Curiae supremæ.

515. Si tutor moriatur nondum reddita ratione tutelæ, non constat an ipsius hæredes eadem inhabilitate afficiantur, donec ipsi rationem reddiderint. Non concordabant olim jurisperiti, ut videri potest apud FURGOLÉ, *Donations*, t. II, quest. XXXIII, p. 278 et seq., ubi propugnat non affici. Sub jure novo, quæstionem expendit et satis dubiam relinquit GUILHON, n° 181. Juxta CHARDON, n° 73 et 165, hæredes attinguntur per art. 472, quia a quocumque reddatur ratio, necesse est ut reddatur cum perfecta cognitione causæ; non vero per art. 907, quia hæredes per se nullam auctoritatem exercent erga minorem, nec proinde iis applicatur præcipua ratio legis, nisi tamen de facto tutelam gerere pergant.

516. Exponendum superest quænam sit quoad forum conscientiae natura et vis hujus nullitatis. Ex motivis quæ indicavimus, et quæ afferebat etiam orator Gubernii (*Code et Motifs*, t. IV, p. 267, 268), intelligitur eam inniti præsumptioni generali, ac proinde vim suam habere, etiamsi in casu peculiari nec dolus, nec ulla machinatio adfuerit ex parte tutoris (n° 148). Intelligitur etiam vim habere in foro conscientiae, cum hæc motiva ad bonum publicum spectent. Cum tamen lata sit directe in utilitatem minoris, est tantum nullitas relativa, et a solo minore invocari potest, non vero ab ipso tutore (n° 151). Ita docent jurisperiti quoad nullitatem pacti de quo art. 472: CHARDON, n° 74; DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 264, et *Cours*, t. III, n° 639; ROGRON, ad art. 472, ubi profert judicium curiæ Monspeliensis in eo sensu; MAGNIN, *Minorités*, t. I, n° 719:



non potest tutor arguere ex omissione eorum quæ ipse observare tenebatur. Sed observat CHARDON, n° 75, minorem qui postulavit nullitatem conventionis seu transactionis, non posse postea huic stare, si eam sibi magis favere detegat. Si autem agatur de donatione de qua art. 907, facile intelligitur parvi interesse an invocari possit ab ipso tutore, an vero a solo minore.

517. II. *Medici, chirurgi, pharmacopolæ, et ministri cultus divini*, qui operam alicui in ultimo morbo præbuerunt, nihil ab eo possunt recipere titulo gratuito, nec per se, nec per alios, per dispositionem in illo morbo conditam, nisi sint vel hæredes directi, vel hæredes collaterales in quarto gradu aut infra deficientibus hæredibus directis. Hæc prohibitio, quam olim apud nos induxerat jurisprudentia, prout refert CHARDON, n° 167, sancita fuit art. 909 codicis Civilis. Hujus ratio, juxta omnes, desumitur ex imperio quod in mentem ægroti exercere possunt ii de quibus agitur : est proinde ejusdem generis ac ubi agitur de tutore ; unde observat MALEVILLE, ad art. 908, articulum 909 reponendum fuisse statim post articulum 907 : quem ordinem et nos sequimur.

Dicitur 1°. *Medici, chirurgi, etc.* : quo nomine includuntur ii qui has artes absque jure exercent, quales sunt ii qui dicuntur *Empiriques, charlatans*, etc. : adest enim eadem ratio, neque lex iis favere debet potius quam aliis. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 205 ; TOULLIER, n° 68 ; GRENIER, n° 126 ; CHARDON, n° 168. Attamen quidam putant non debere legem sic extendi, et quoad istos locum esse tantum postulandæ nullitati captationis causa : vid. COIN-DELISLE, ad art. 909, n° 6. Includi eos qui dicuntur *Gardes-malades* censet DELVINCOURT, *ibid.*, ob paritatem rationis : sed contradicunt alii, quia prohibitio non est extendenda ultra verba legis. Ita TOULLIER, n° 67 ; GRENIER, n° 128 ; DURANTON, t. VIII, n° 252 ; VAZEILLE,

ad art. 909, n° 8. Juxta postremum istum auctorem, n° 9, includuntur *obstetrices*, quæ recenseri possunt inter eos qui dicuntur *Officiers de santé*; sed aliud docet COIN-DELISLE, n° 7.

2°. *Ministri cultus divini* : adhibita sunt hæc verba generalia, quæ applicari possunt, non tantum sacerdoti catholico, sed etiam variarum sectarum ministris : sed quæstio est, an isti censeri possint præbere operam in sensu legis, ut modo dicemus.

Olim latius extendebatur prohibitio, et ex consuetudine Parisiensi inhabiles declarabantur pædagogi, et institutores (*maitres et maitresses de pension*). Inclinat DELVINCOURT, *ibid.*, ad idem hodie dicendum, quia non minus imperium exercent ac medici, etc. Sed cum omissi fuerint, et quidem non inconsulto, in enumeratione legis, non debet iis applicari. Ita MALEVILLE, ad art. 909; DURANTON, n° 203; POIJOL, ad art. 907, n° 5; CHARDON, n° 168; VAZEILLE, n° 8; COIN-DELISLE, n° 3, qui ideo observat in errorem inducendum fore qui vellet veteri jurisprudentiæ inniti.

3°. *Qui operam præbuerunt*. Sic medicus qui solummodo vocatur consilii causa (*en consultation*), non subjacet prohibitioni : DELVINCOURT, p. 205; TOULLIER, n° 69; VAZEILLE, n° 6; COIN-DELISLE, n° 8. Item nec pharmacopola qui solummodo medicamenta præbuit : ita iidem auctores, et PIGEAU, p. 444.

Quoad ministrum divini cultus, juxta multos requiritur ut ægrotum in confessione audierit; nec sufficeret ut curas præbuisset, etiamsi extremam unctionem dedisset : et in eo sensu judicasse dicunt Curiam supremam. Ita TOULLIER, n° 70; GRENIER, n° 129; CHARDON, n° 168; GUILHON, n° 195. Inde concludunt plures ex iis, prohibitionem non respicere nisi sacerdotes catholicos, non vero ministros societatum apud quas non viget confessio. Atta-

men Curiam supremam noluisse quæstionem dirimere, quemadmodum diremerat curia Gratianopolitana, observat GUILHON, et præsertim VAZEILLE, n° 7 : juxta ipsum, verba articuli sunt nimis generalia, ut restringi possint ad sacerdotem catholicum, et paritas instituta cum officiariis sanitatis ostendit aliis applicari posse; imo sacerdos catholicus potest vere operam præbere, licet confessionem ægroti non audiat. Dicendum videtur cum COIN-DELISLE, n° 20, non sufficere administrationem extremæ unctionis, aut sacræ communionis, quia cum palam fiat et non occulte, non applicatur idem motivum ac pro confessione : sed attingi ministros sectarum qui, licet confessionem non excipiant, conscientiam tamen dirigere dici debent.

Cæterum merito docet GUILHON, n° 185, ut applicetur prohibitio non referre an medicus, etc., solus operam præbuerit, an simul cum alio medico.

4°. *In ultimo morbo* : quod verificatur, quocumque tempore ægrotus moriatur, modo vi morbi in quo facta est donatio : ita DELVINCOURT, p. 206 ; GUILHON, n<sup>is</sup> 185, 186. Vid. etiam VAZEILLE, n° 11.

5°. *Titulo gratuito*, quia non attinguntur donationes remuneratoriæ, factæ titulo particulari, modo sint proportionatæ facultatibus donantis, et officiis præstitis. Necessarium non videtur ut exprimatur donationem esse remuneratoriam : ita DELVINCOURT, p. 207 ; GUILHON, n° 190 ; VAZEILLE, n° 13. Nec satis solida ratio apparet, inquit DELVINCOURT, *ibid.*, cur exigatur ut donatio fiat titulo particulari, cum hujusmodi donatio possit esse majoris momenti quam donatio titulo universali. Nihilominus irrita prorsus declararetur donatio universalis, ait GUILHON, n° 191 : qui addit tunc liberum non fore medico exinde retinere mercedem officiis suis proportionatam ; quod difficile admittendum putaremus.

Hinc concludi potest irritam non esse donationem fac-

tam confessario ut missas celebret : hæc enim non est titulo gratuito. GUILHON, n° 197.

6°. *Nec per se, nec per alios*, quia idem est, sive donatio fiat ipsi medico, etc., sive personis interpositis, prout jam exposuimus in prima parte, n° 162 et seq.

7°. *Per dispositionem in illo morbo conditam*; quia si antea facta fuerit, non applicatur ratio prohibitionis : nec profecto debet propter operam præstitam revocari. Ea occasione, oriri potest difficultas si agatur de testamento olographo : cum enim facillimum sit antiquiorem diem ei adscribere, si fides sit ei adhibenda, plerumque eludi poterit prohibitio legis. Hinc, si antea conditum fuerit, ne arguatur nullitatis opportunum erit medium assumere quo constet de tempore quo conditum est, v. g., illud apud notarium deponendo. GRENIER, n° 141, p. 276 ; VAZEILLE, n° 12. Cæterum, vid. n° 564.

Tria igitur concurrere debent ut dispositio sit irrita : 1. ut facta fuerit tempore morbi ; 2. ut illo tempore opera præstita sit ; 3. ut ex illo morbo donator mortuus sit : si unum desit, valebit donatio. Concipitur cur exigatur tertia conditio, ubi agitur de testamento ; si enim ægrotus convalescerit, potuit revocare. Sed cum agitur de donatione inter vivos, quæ est irrevocabilis, observant DELVINCOURT, p. 205, et DURANTON, n° 250, parvi interesse ad scopum legis an donator ex eo morbo moriatur, necne. Forsan cogitavit legislator medicum, ne corruat donatio, omnimode curaturum ut ægrotus convalescat. Cæterum supererit actio captationis causa, si locus sit, prout observat COIN-DELISLE, n° 9, *Note*.

8°. *Nisi sint hæredes*, etc., quia ex ipso art. 909 excipitur a prohibitione ille casus. Sed in exceptione non includuntur meri affines (*les alliés*) : DELVINCOURT, p. 207 ; PIGEAU, p. 445 ; VAZEILLE, n° 3 ; COIN-DELISLE, n° 15.

Quamvis autem in exceptione mentio non fiat medici

qui curam præbet suæ conjugi, pariter excipiendum esse judicavit Curia suprema, et docent auctores : TOULLIER, n° 66 ; GRENIER, n° 127 ; DURANTON, n° 257 ; CHARDON, n° 170 ; POUJOL, ad art. 909, n° 9 ; VAZEILLE, n° 4 ; COIN-DELISLE, n° 18. Si tamen medicus in uxorem ducat mulierem jam ultimo morbo ægrotantem, quæ postea eum legatarium instituat, adest difficultas : pro nullitate judicavit curia Parisiensis, quia æquum non est ut medici inhabilitas tollatur per matrimonium, quod alia de causa initum non videtur quam ad eludendam prohibitionem legis ; et ita docent DELVINCOURT, p. 206 ; DURANTON, n° 257 ; VAZEILLE, n° 4 ; CHARDON, t. III, n° 395, ubi refert varia tribunalium judicia, et ostendit in eandem sententiam inclinare Curiam supremam ; POUJOL, n° 10 : saltem dicendum cum COIN-DELISLE, n° 19, irritam fore donationem, quando probabitur matrimonium initum fuisse tantum ad eludendam legem.

518. Quoad vim et naturam nullitatis per art. 909 inductæ, idem dicendum ac de nullitate donationum minoris suo tutori : sunt enim ejusdem generis rationes. Hinc, juxta D. BOUVIER, t. VI, p. 248 et 254, omnes agnoscunt eam nullitatem vim habere in conscientia.

519. III. *Filii illegitimi erga parentes.* Ex art. 908, nihil possunt recipere a parentibus, sive inter vivos, sive per testamentum ultra id quod eis conceditur in titulo *de Successionibus* : scilicet si sint adulterini aut incestuosi, mera alimenta, juxta art. 762 et seq. : si vero sint simpliciter spurii, et pater vel mater relinquunt descendentes legitimos, tertiam partem portionis hæreditariæ quæ eis obtigisset, si fuissent legitimi ; dimidiam partem, si pater aut mater relinquunt ascendentes, vel fratres aut sorores ; tres partes, si nullos ex his relinquunt ; et integram hæreditatem, si non supersint hæredes in gradu successibili. Ita art. 757 et 758.



Dicitur *A parentibus*, id est, a patre vel matre; sed possunt recipere a quibuscumque aliis, etiam a cognatis: TOULLIER, n° 71; GRENIER, n° 130.

520. Ut intelligatur vis illius inhabilitatis, investigandum est quodnam sit motivum illius directum. Orator Guhernii, TREILHARD, exponens motiva legis *de Successionibus*, aiebat (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 163), ob stare ordinem sociale m ne filii illegitimi recipiant patrimonium paternum eadem proportione, et eodem titulo ac filii legitimi: et circa legem *de Donationibus* asserebat tribunus JAUBERT, *ibid.*, p. 330, latam fuisse prohibitionem de qua agimus, in honorem, et commendationem matrimonii. Agnoscunt pariter plerique jurisperiti voluisse legislatorem favere matrimonio, fovere bonos mores, et aliquatenus punire parentes: ita DELVINCOURT, t. I, *Notes*, p. 232, et t. II, *Notes*, p. 192; TOULLIER, t. V, n° 71; GRENIER, n° 130; SOLON, *Nullités*, t. I, n° 125.

Alii tamen dicunt prohibitionem latam fuisse præcipue in utilitatem hæredum: illudque deducunt præsertim ex eo quod major vel minor pars tribuatur filiis spuriiis, pro numero et diversitate hæredum; imo tribuatur tota hæreditas, quando alii non adsunt hæredes. Ita LEVASSEUR, *Portion disponible*, n° 67; LOISEAU, *Enfants naturels*, p. 671 et 675; CHABOT, *Successions*, t. II, ad art. 760, n° 5. Unde concludunt nullitatem postulari non posse nisi ab hæredibus naturalibus, non vero a legatariis.

Inter hæc, si agatur de filiis adulterinis vel incestuosis, certum videtur legem latam esse, non in gratiam hæredum, sed propter bonos mores: id agnoscit CHABOT, ad art. 762, n° 2; et satis patet ex eo quod vigeat inhabilitas etiam quando nulli adsunt hæredes in gradu successibili. Si vero agatur de spuriiis, non negamus legislatorem attendisse ad utilitatem hæredum: sed putamus eum simul respexisse ad bonos mores; idque agnoscit ipse CHABOT,

ad art. 760, n° 3. Unde existimamus inhabilitatem locum habere in foro conscientiae.

521. Sed difficultas est, quousque extendenda sit ea inhabilitas : utrum restringenda sit ad eos qui legaliter agnoscuntur ut illegitimi, an vero attingat generatim omnes quos tales esse constat, licet coram lege habeantur ut legitimi?

Ut rite intelligatur et solvatur hæc quæstio, advertendum est 1°. filios simpliciter spurios posse a parentibus agnosci; ex art. 334 : sed ex art. 335 idem locum habere non posse in gratiam filiorum adulterinorum vel incestuosorum. 2°. Ex art. 340, 341, 342, non posse inquisitionem fieri de paternitate, bene vero de maternitate : sed neutrum inquiri posse a filiis adulterinis vel incestuosis. De istorum tamen statu constare potest coram lege : sive in casu raptus, ad sensum articuli 340; sive quando matrimonium ex quo nati sunt declaratum fuit irritum per sententiam judicis tanquam adulterinum, vel incestuosum; sive quando maritus, juxta art. 312 et seq., sententiam obtinuit qua declaretur filium non esse suum. Sed sæpe evenit ut de illo statu non constet, attenta præsertim jurisprudentia tribunalium, ex qua multum extenditur prohibitio de inquisitione paternitatis, sub obtentu vitandi scandala ex ea inquisitione oritura. Sic si pater filio spurio quem non agnovit donet ultra portionem lege permisam, non admittuntur hæredes ad probandam illegitimitatem, ut obtineant reductionem donationis. Ita judicavit pluries Curia suprema : vid. MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Paternité*, §. I, t. VI, p. 166 et seq., et *Répert.*, v° *Filiation*, n°s IV et XVIII, t. VI, p. 713, 729 et seq. Sic si pater aut mater agnoverint filium adulterinum aut incestuosum, quamvis expresse asseruerit tribunus JAUBERT (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 330) non posse tunc ei tribui nisi jus ad alimenta, judicat tamen Curia suprema non

posse contra eum argui ex agnitione quæ est absolute irrita : nisi tamen hæc agnitio includatur in testamento tanquam causa dispositionis ; quia tunc irritum declaratur, utpote conditum ex causa falsa vel illicita : vid. **GRENIER**, n° 130 *bis*, *Supplém.*, p. 47 ; **ROGRON**, ad art. 335 et 1131. Imo quamvis permittatur inquisitio maternitatis, judicaverunt quædam tribunalia non posse fieri contra filium, ad irritandam donationem ipsi factam a matre : vid. **CHARDON**, t. III, n° 392 ; **ROGRON**, ad art. 341 ; **RICHEFORT**, *État des familles*, t. II, n° 336, 337. Contra talem jurisprudentiam strenue insurgunt **DELVINCOURT**, t. I, *Notes*, p. 228 et seq., et **CHARDON**, n° 389 et seq. : quia, ut fuse evolvunt, ea admissa facile eluditur prohibitio legis, in favorem filiorum illegitimorum vertitur dispositio contra illos lata, læduntur boni mores et pudor publicus, foveantur commercia illicita, et sub prætextu vitandi scandali, inducitur scandalum longe majus, aut saltem magis noxium. Sed quidquid sit, semper verum stat longe rarioris applicationis fore prohibitionem quam expendimus, si restringatur ad eos de quorum illegitimitate legaliter constat.

Porro quidam existimant reipsa eos tantum inhabiles esse in foro conscientiæ qui tales sunt coram lege : cum enim inhabilitas oriatur tantum a lege, non debet ultra ejus dispositionem extendi. Ita, inter alios, **D. ROUSSELOT**, editor *Theol. moral. Sættler*, t. III, p. 806. Attamen existimamus, et communius receptum putamus, in conscientia judicandum esse secundum rei veritatem. Lex, ut deduci potest ex motivis allatis, intendit attingere eos omnes qui vere sunt illegitimi : sed hic, sicut in multis aliis circumstantiis, non potest eos attingere efficaciter, nisi de eorum statu legaliter constet.

522. IV. Ex materiæ connexionem deducimur ad aliquid dicendum de *Concubinis*. Olim sibi invicem donare

non poterant, saltem ex jure fere ubique in Galliis recepto : vid. *Répert. de Jurispr.*, v<sup>o</sup> *Concubinage*, n<sup>o</sup> II, t. III, p. 353 et seq., et *Quest. de Droit*, v<sup>o</sup> eod. §. I, n<sup>o</sup> II, t. II, p. 496 et seq. Hodie nihil obstande propugnant plerique auctores, quia lex silet de tali inhabilitate : ergo standum principio art. 902. Aliunde hujusmodi lites locum dabant multis scandalis. In eo sensu sæpe judicarunt variæ curiæ. Vid. GRENIER, t. I, n<sup>o</sup> 148; GUILHON, n<sup>o</sup> 217; TOULLIER, n<sup>o</sup> 719; PIGEAU, t. I, p. 443; DURANTON, n<sup>o</sup> 242; et præsertim MERLIN, *Répert.*, loc. cit., p. 356 et seq., quem contrahit VAZEILLE, ad art. 901, n<sup>o</sup> 17.

Contra eam jurisprudentiam insurgit DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 209 et seq., his nixus rationibus. 1. Ex art. 1131 dispositio cujus causa est illicita, irrita declaratur; talis autem habetur, ex art. 1133, causa quæ est contraria bonis moribus : atqui talis est profecto ea de qua hic agitur. 2. Ex art. 911, si conferatur cum art. 908, et 762, patet irritam fore dispositionem, saltem ultra certam quantitatem, si ex commercio illicito ortus sit filius; quia donatarius habebitur ut persona interposita respectu filii : id admittunt auctores mox citati, GRENIER, p. 297; TOULLIER, *ibid.*; MERLIN, *Répert.*, p. 357; PIGEAU, p. 447; DURANTON, n<sup>o</sup> 243. Porro si quis contendat valere dispositionem quando non adest filius, eo ipso in lege supponet absurdum, et criminis incitamentum : mulier enim incitabitur ad necandos, vel exponendos filios. 3. Incapacitas filiorum est, saltem aliquatenus, in odium criminis : si ergo puniatur in filiis, quanto magis in parentibus ! 4. Si inhabilis declaretur tutor, etc., ob influxum in voluntatem, quanto magis militat eadem ratio in nostro casu !

Inter hæc, existimat CHARDON, t. III, n<sup>o</sup> 614, p. 421, nimium constare de mente legislatoris, ut possit adhuc directe admitti hæc inhabilitas : nam propositus primum fuerat articulus quo hæc expresse statueretur, nec admissus fuit;

et orator Gubernii, exponens motiva legis *de Successionibus*, satis clare indicat rejectam fuisse hanc inhabilitatis causam (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 155). Sed si concubinarij sibi invicem donare legaliter possint, saltem asserendæ sunt restrictiones, quæ ex ipsa lege deduci possunt. Sic 1. si agatur de conventionē inita, seu de obligatione suscepta, quæ aliam causam non habeat præter concubinatum, irrita declarari debet ob causam illicitam. Illud admittunt plures ex auctoribus allatis; sed supponunt servatam non fuisse formam donationis gratuitæ. Quamvis autem servata fuisset, nihilominus nullitas pronuntiari potest, ait CHARDON, n° 615, si satis constet donationem locum non habuisse nisi ea conditione ut pergeret concubinatus. 2. Si adsit filius ex commercio illicito, donatio infirmari poterit, velut facta personæ interpositæ, ut agnoscunt etiam auctores allati. 3. Tandem hæc concubinatus circumstantia inducere potest, si simul occurrant aliæ ejusdem generis circumstantiæ, ad judicandum adfuisse captationem, et proinde ad pronuntiandum aliquando nullitatem sensu jam exposito (n° 506). Ad hæc satis accedit COIN-DELISLE, post art. 912, n° 6.

523. V. Donationes inter vivos aut per testamentum factæ *xenodochiis, pauperibus alicujus communitalis, et variis utilitalis publicæ institutis*, v. g., fabricis, seminariis, monasteriis feminarum, etc., effectum non obtinent nisi approbatæ fuerint edicto regio. Ita art. 910. Seriem legislationis ea de re jam exposuimus in *Tr. de Justitia* (n° 144, 145). Nonnulla dicemus in art. 3 de modo obtinendi approbationem regiam. Hic sufficiat quædam observare de natura et extensione prohibitionis.

1°. Quamvis art. 910 occurrat sub titulo *de Capacitate donandi*, concludendum non est instituta de quibus ibi agitur habenda esse ut incapacia accipiendi. « On ne met  
« pas au nombre des incapables de recevoir, » inquebat



orator Gubernii, BIGOT-PRÉAMENEU (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 269), « les hospices, les pauvres d'une commune » et les établissements d'utilité publique.... Mais il faut « que le Gouvernement les autorise. Ces dispositions sont « sujettes à des règles dont il doit maintenir l'exécution. » Non ergo putandum adesse incapacitatem, quæ tollatur per edictum regium : « Ces établissements, » inquit MACAREL, (*Thémis*, t. III, p. 325), « sont capables de recevoir par testament; mais ils ne peuvent profiter des « dispositions faites en leur faveur, qu'après l'autorisation « préalable du roi. C'est ce qui résulte évidemment de cette « expression de la loi : *N'auront leur effet*. Jusqu'à l'autorisation du roi, l'exécution de la disposition n'est que « suspendue; la nécessité de l'autorisation est une condition dont il faut attendre l'événement.... Et une condition de cette nature n'empêche pas l'héritier institué, ou « le légataire, d'avoir un droit acquis, un droit qui, s'il « s'agissoit d'un particulier, seroit transmissible à ses héritiers, même dans le cas où il mourroit avant d'avoir « obtenu l'autorisation (art. 1041). » Prohibitio ergo legis non tam respicit habilitatem donatarii, quam formam in donationis acceptatione servandam, de qua in art. 3 dicemus.

Motiva autem hujus prohibitionis non sunt repetenda ex utilitate hæredum naturalium donatoris, sed ex ordine publico, ut bene evoluit DE GASPARI, minister, ut aiunt, *Interioris, Rapport au Roi sur les hôpitaux*, etc., avril 1837 (*Journ. des Conseils de fabrique*, t. VI, p. 34). Si enim legislator intendisset utilitatem hæredum, non permisisset omnino liberam bonorum dispositionem in gratiam cujuscumque (salva tantum reservatione in gratiam ascendentium aut descendendum). Voluit ergo potius præcavere ne nimium excrescerent bona quæ dicuntur *de Mainmorte*, ne nimium ditescerent quædam communitates, vel ne subjicerentur conditionibus nimis onero-

sis, etc. Ratio quidem habetur status hæredum; sed non-nisi modo secundario id fieri debet. Hinc repudiata est ab ipso Gubernio, et per Curiam supremam reprobata, facultas quam sibi aliquamdiu usurpaverat administratio civilis, non solum non approbandi quasdam dispositiones, sed eas applicandi tali vel tali hæredi, neglectis aliis : « C'étoit, » inquiebat de Gasparin, « refaire le testament; « c'étoit substituer la volonté de l'administration à celle du « testateur, et même à celle de la loi : car le Code a dé- « terminé l'ordre des successions, et il est évident que les « biens dépendant des libéralités non acceptées par le « Gouvernement demeurent dans la masse de l'actif de « l'héritage, et doivent être répartis d'après le droit com- « mun. » *Ibid.*, et VAZEILLE, ad art. 910, n° 2.

524. — 2°. Hæc prohibitio non respicit nisi dispositiones factas titulo gratuito. Si igitur fiat dispositio titulo oneroso, necessaria quidem erit approbatio regia, si agatur de bonis immobilibus, quæ sine illa non possunt acquiri a communitatibus; secus vero, si agatur de bonis tantum mobilibus.

Hinc deduci potest quid dicendum, si quis summam pecuniæ, aut aliud bonum mobile legaverit, ut missæ pro ipso celebrentur in tali ecclesia, vel a tali communitatē?

Duplici modo fieri potuit tale legatum. Si factum sit in gratiam cujusdam privati, cum onere curandi ut celebrentur missæ, docent plures jurisperiti, *Journ. des Cons. de fabrique*, t. III, p. 370, et t. IX, p. 58, *Note*, et p. 122, non requiri approbationem regiam; illudque satis certum videtur. Nam, ut bene evolvunt, hic non applicantur sive textus legis, sive motiva, cum nihil donetur ecclesiæ seu communitati, sed tantum donatario aut legatario: aliunde ecclesia nihil titulo gratuito acquirit, sed recipit salarium pro opera præstita. Hanc decisionem admittit ipse VUILLEFROY, v° *Fondation*, n° III, p. 398; sed ait aliud dicen-

dum fore de dispositione facta verbis generalibus, v. g., si testator statueret ut omnia bona sua mobilia, vel pars aliquota bonorum suorum adhiberentur ad missas celebrandas, quia tunc adest donatio in gratiam fabricæ, cujus proinde acceptatio requiritur. Si vero legatum factum fuerit directe in gratiam ecclesiæ aut communitalis, major adest difficultas. Requiri approbationem regiam judicavit Curia suprema, 26 nov. 1828 (SIREY, 1829, I, 17 et 18). Sed putamus judicium illud niti falsæ notioni de honorario quod pro missa celebranda solvitur. Illud enim stricto jure debetur ei qui missam celebrat, prout exposuimus in *Tr. de Justitia* (nº 179) : non potest igitur haberi tanquam dispositio gratuita ; nec proinde applicari debet prohibitio legis.

525. — 3º. Prohibitio non respicit pariter donationes manuales. De his donationibus infra (nº 553 et seq.) dicemus : ostendemus eas non subjici formis quæ pro donationibus præscribuntur, et exponemus quid ad earum validitatem requiratur. Hoc in præsentî præsupposito, videri posset requiri saltem ut communitas cui sit talis donatio habeat approbationem regiam : ita reipsa sentiunt quidam jurisperiti, et judicarunt quædam tribunalia ; quia sine illa non potest fieri valida acceptatio. Vid. VAZEILLE, ad art. 937, nº 9. Sed contradicunt multi jurisperiti, et quædam tribunalia : pluries asseritur in opere mox citato, *Journ. des Cons. de fabr.*, t. I, p. 150, t. IV, p. 311, t. VI, p. 89, et 371, jam in eo sensu constantem esse jurisprudentiam. Revera D. LAINÉ, minister Interioris, sic scribebat ad D. Duclaux, 28 jul. 1817, occasione cujusdam doni : « C'est un don de la main à la main : la loi du 2 janvier « dernier, ainsi que l'ordonnance du 2 avril suivant, ne « concernent que les *actes* entre-vifs ou de dernière volonté. » Huic opinioni omnino consentanea est praxis communis. Neque alius sensus legi tribui posset, quin ni-

mium coarctaretur libertas disponendi, et gravissimum damnum inferretur multis communitatibus. Vid. etiam D. AFFRE, *Administr. tempor. des paroisses*, p. 259.

4°. Ex art. 4 legis 24 maii 1825, congregationes vel domus religiosæ monialium non possunt recipere dona aut legata nisi *titulo particulari*: unde quæcumque dispositio universalis aut titulo universali in earum gratiam pro omnino irrita habetur. Et quidem ita stricte illud intelligitur ab administratione civili, ut prohibitio applicetur etiam quando testator nullum cognatum habet, adeo ut ejus hæreditas debeat, ut aiunt, *tomber en déshérence, et, à ce titre, revenir à l'État*. Ita *Avis du Comité de l'intérieur*, 5 julii 1833, ap. VUILLEFROY, v° *Congrégations*, n° xxx, p. 197.

5°. Si loquamur de donationibus indirectis seu accessoriiis, id est, si dispositio fiat in gratiam alicujus privati, cui imponitur onus dandi tali ecclesiæ aut communitati, duplici modo id concipi potest. Si quæstio sit de communitate aut alio instituto jam existente, cui facienda sit liberalitas tanquam conditio aut modus donationis, legati, aut alterius conventionis, necessaria est approbatio regia: quia semper verum est adesse dispositionem in gratiam communitatis, ac proinde applicandum esse art. 910, qui exprimitur verbis omnino generalibus. Aliunde vim suam habent motiva legis, et ita fert praxis et jurisprudentia recepta. *Journ. cit.*, t. ix, p. 57 et seq.

Sed si factum fuerit, v. g., legatum parochi talis ecclesiæ, cum onere erigendi institutum instructionis religiosæ, vel similis speciei, cujus administratio tribuenda erit eidem parochi et ejus successoribus, necessaria non est approbatio regia ad acceptionem talis legati. Legatum enim factum est, non in gratiam instituti, sed in gratiam parochi; solus parochus habet dominium rei legatae, sub onere imposito: lex proinde non applicatur.

Quando erigendum erit institutum præscriptum, necessaria quidem erit approbatio Gubernii, cujus erit expendere an talis institutio expediat, et an illius administratio parochio tribui debeat. Pariter ad hæredes testatoris pertinebit providere ut impleatur conditio annexa legato; et posito quod non impleatur, poterunt coram tribunalibus postulare rescissionem legati. Sed interim opus non est approbatione regia ad acceptationem legati. *Journ. ibid.*, p. 55 et seq.

526. Tales sunt variæ inhabilitatis causæ in jure nostro statutæ. Metuens legislator ne eluderentur illæ prohibitiones recurrendo vel ad interpositionem personarum, vel ad contractus simulatos, nullitatem pro utroque casu statuit art. 911, cujus vim et sensum exposuimus in prima parte (n° 162 et seq.).

Hic nobis expendendum superest, utrum inter personas prohibitas quas respicit ille articulus reponi debeant varia instituta utilitatis publicæ de quibus ultimo loco diximus?

Negat ROLLAND DE VILLARGUES, in articulo inserto operi cui titulus : *Répert. de la nouv. législat.*, par Favard de Langlade, v° *Fidéicommiss tacite*, n° VII, t. II, p. 573 : « Outre qu'il n'existe pas de véritable incapacité contre « les établissements publics dont nous venons de parler, « ils ont un caractère légal qui ne permet pas de supposer « qu'ils puissent se prêter à des fraudes et à des simula- « tions ; avec d'autant plus de raison, que dès qu'ils ont été « investis d'un droit, ils ne peuvent le transmettre qu'avec « l'autorisation de la puissance publique. » Ait etiam GRENIER, t. I, n° 132, p. 261, satis apertum esse quod art. 911 non referatur ad ea instituta de quibus agitur art. 910. Verum ait VAZEILLE, ad art. 911, n° 12, non applicari quidem secundam partem articuli 911, ut per se patet; sed applicari primam, et posse vi illius rescindi donationes quæ probarentur factæ personis interpositis in



gratiam institutorum quæ vel non agnoscuntur a lege, vel eo modo cluderent necessitatem obtinendi approbationem regiam ad donum acceptandum : et revera ita judicatum a curia Colmariensi, et postea a Curia suprema, 27 aprilis 1830, quoad testamentum canonici Beck, quod visum est factum fuisse per personam interpositam in gratiam Societatis Jesu ; SIREY, 1830, I, p. 186 ; ita etiam POWJOL, ad art. 911, n° 18.

Inter hæc, duplici sensu expendi potest quæstio : vel agitur de communitate approbata, vel de communitate non approbata. 1. Quoad communitatem approbatam, si vere probaretur interpositio, verisimiliter irrita declararetur a tribunalibus donatio, utpote inita in fraudem articuli 910, qui exigit approbationem regiam. Sed necesse est ut probetur vere adfuisse interpositionem sensu jam exposito. 2. Quoad communitatem non approbatam, non omnino constans est jurisprudentia. Vid. *Journ. des Cons. de fabr.*, t. IX, p. 116, et t. X, p. 150, et seq. Judicaverunt quædam curiæ, et ipsa Curia suprema 11 decembr. 1832, non applicari art. 911 : quia communitas non approbata non efformat personam moralem coram lege, nec subicitur proinde articulo 910 ; coram lege occurrunt tantummodo privati qui reguntur jure communi, nec proinde sunt incapaces accipiendi. Vid. *Ibid.*, t. VIII, p. 91, 137, 139 ; t. X, p. 151. In alio tamen sensu judicavit Curia suprema, non solum in causa mox memorata canonici Beck, sed et 5 aug. 1841, quia irrita haberi debet donatio facta enti morali non existenti. *Ibid.*, t. VIII, p. 142. Validitatem donationis satis solide, ut nobis videtur, probaverat D. BÉCHARD, *Mémoire pour mademoiselle Vict. Couderc*. Contendit quidem *Continuator* SIREY, 1841, I, p. 875, Curiam supremam in postremo judicio ad vera principia rediisse : quia alioquin incitarentur communitates ad non acquirendam existentiam legalem. Sed reponi potest in ea hypothesi com-

munitates carere multis commodis quæ annexa sunt existentiae legali; ideoque mirum videri non debere quod non subjiciantur incommodis. Illud bene exponebat tribunal Aginnense, cujus tamen judicium reformavit Curia regia ejusdem urbis, 12 maii 1842. *Journ. des Cons. de fabr.*, t. IX, p. 141 et seq.

ART. 2. *De parte bonorum quæ dari potest.*

527. Quamvis primo intuitu ex definitione dominii sequi videatur quemlibet posse pro nutu suo de bonis suis disponere, attamen huic dispositioni obstare possunt varia officia quæ natura ipsa imponit, v. g., parentibus erga liberos, et liberis erga parentes, quibus providere debent satis probabiliter ex justitia stricta, sed saltem ex pietatis officio. Hinc apud varios populos æquum judicavere legislatores intra certos limites coarctare facultatem de bonis disponendi, tam inter vivos quam per testamentum, et partem aliquam indisponibilem statuere. Varia fuere tum in jure Romano, tum in nostro jure veteri legum placita: de quibus videri possunt GRENIER, *Disc. historiq.*, sect. VIII, p. 91 et seq., et t. II, n° 552 et seq.; TOULLIER, n° 97 et seq.; COIN-DELISLE, *Introduct.*, n° 22 et seq. Quando actum est de conficiendo codice Civili, non modicæ habitæ sunt discussiones, quarum summarium exhibet MALEVILLE, ad art. 913 et 914: et tandem admissæ sunt dispositiones quæ leguntur art. 913 et seq., quasque nunc exponendas habemus.

Codex Civilis generatim assignavit quamdam bonorum partem indisponibilem in certis casibus, quæ reservatio dicitur: de altera parte potest dominus disponere, sive in gratiam unius ex hæredibus, sive in gratiam extraneorum. Si disponat in gratiam unius ex hæredibus naturalibus, locus esse potest collationi, gallice *au rapport*; de qua satis diximus in *Tr. de Justitia* (n° 539 et seq.). Sive au-

tem disponat in gratiam unius ex hæredibus, sive in gratiam extraneorum, si attingat reservationem, vel aliis verbis, si excedat portionem disponibilem, locus est reductioni donationis. Loquemur ergo 1°. de reservatione per legem determinata; 2°. de donationum reductione.

§. 1. *De reservatione per legem determinata.*

528. Per reservationem, ut diximus, intelligitur ea bonorum portio quam lex in quorundam gratiam declarat indisponibilem. Unde bona in duas quasi partes dividuntur, quarum altera dicitur reservatio, altera portio disponibile: quæ duo proinde sunt inter se correlata. Olim ex multis consuetudinibus diversa erat portio disponibile, prout agebatur de donatione inter vivos, vel de testamento. Hodie nullum sub eo respectu apponitur discrimen: sed aliquod adest, secundum hæredum qualitatem, id est, prout supersunt soli collaterales, vel soli ascendentes, vel tandem descendentes; item secundum qualitatem donatarii, id est, si donatarius sit conjux defuncti (art. 1094 et 1098); vel si agatur de testamento minoris (art. 904): hæc in decursu exponentur. In præsentī, observabimus cum DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 213, reservationem ad eos quibus tribuitur a lege pertinere *jure proprietatis, non crediti*: unde sequitur 1°. eam generatim exsolvendam esse in natura, nec tantum in æquivalenti; 2°. hæredem etiam non beneficiarium nunquam de ea teneri ultra vires hæreditatis.

529. His præmissis, seorsim loquendum de variis hypothesibus.

1°. *Si supersint soli collaterales*, nulla existit reservatio in eorum gratiam. Ita art. 916. In prima redactione Codicis aliter statutum fuerat: sed ex observatione tribunorum, exclusi sunt collaterales; quia id visum est non necessarium, et judicatum est potestatem donatori relictam

ipsum certiore effecturam esse de obtinendis fratrum aut aliorum propinquorum bonis officiis : ita præcipue opinati sunt consiliarii qui incolebant provincias in quibus vigebat jus Romanum ; unde illa dispositio legis fuit , inquit GRENIER , n° 555, *Un triomphe remporté par le midi de la France sur le nord.*

Attamen in foro conscientiae non sunt frustrandi collaterales absque motivo : id quaedam naturalis æquitas omnibus dictare videtur ; unde qui frustraret etiam propinquiores , peccare posset etiam graviter , inquit D. BOUVIER , p. 258. Ratio tamen habenda est omnium circumstantiarum ; et saltem non peccaret contra justitiam , nec legatarii ad restitutionem tenerentur.

530. II°. *Si supersint ascendentes , non vero descendentes* , sic determinatur reservatio. Si adsint in utraque linea , paterna et materna , reservatur dimidia pars bonorum ; si vero in una tantum , reservatur quarta pars. Ita art. 915 : circa quem hæc observabimus.

1°. Non constat apud jurisperitos , ut diximus in *Tr. de Justitia* (n° 519, 2°.) , utrum hæc dispositio spectet ad parentes mere naturales , id est , utrum habeant jus reservationis in bona filiorum illegitimorum. Equidem art. 765 ipsis defert successionem ab intestato. Sed nullibi tribuitur reservatio. Hinc dissentiunt inter se tribunalia ; vid. ROGRON , ad art. 915.

2°. Nomine ascendentium hic intelliguntur non solum pater et mater , sed etiam alii avi : dispositio est omnino generalis , et aliunde illud manifeste supponit articulus allatus , cum prævideat plures esse posse ascendentes in eadem linea. Ita MALEVILLE , ad art. 915 ; TOULLIER , n° 113 ; GRENIER , t. II , n° 571 ; COIN-DELISLE , ad art. 915 , n° 3.

3°. Ascendentes jus habent ad reservationem eodem ordine quo vocantur ad successionem ; art. 915. Juxta MA-

LEVILLE, p. 339, hæc verba non respiciunt nisi ordinem inter ipsos ascendentes servandum. Sed alii communiter ea ulterius extendunt. Indicant quidem ascendentes, quando reservatio iis tribuitur, eam percipere eodem ordine quo vocantur ad successionem, ac proinde remotiorem excludi a propinquiore in unaquaque linea; sed insuper indicant, aut saltem supponunt, ascendentibus non competere reservationem, nisi quando vocantur ad successionem: illudque æquitati satis consonum videtur; mirum enim esset eos qui nihil perciperent ex successione defuncti, si mortuus fuisset sine testamento, jus aliquod acquirere præcise ex eo quod defunctus de bonis suis disposuerit.

Hinc 1. si supersint descendentes, nulla reservatio tribuitur ascendentibus. Illud satis indicat art. 915, per hæc verba, *A défaut d'enfant*. Ita statutum, quia descendentes præferendi sunt; et aliunde, ex art. 205, ipsis incumbit obligatio providendi sorti ascendentium, quibus sic satis consulitur. TOULLIER, n<sup>is</sup> 111, 113.

Hinc 2. avi non habent reservationem in bona nepotum, quibus superstites sunt pater et mater: tunc enim ad patrem et matrem devolvitur successio, et istorum est avis providere.

Hinc 3. cum ex art. 750 avi non succedant quando defuncto supersunt fratres, sorores, aut eorum descendentes, nullum in eo casu jus habent avi ad reservationem. Ita MALEVILLE, p. 339; DELVINCOURT, p. 215; TOULLIER, n<sup>o</sup> 113; GRENIER, n<sup>o</sup> 572; DURANTON, n<sup>is</sup> 309, 310, ubi immerito asserit aliter sentire Maleville; GUILHON, n<sup>is</sup> 234, 235. Porro ex hac dispositione oritur illud satis dissonum, quod ex art. 750 avis anteponantur fratres, avi autem fratribus ex art. 915; unde si successio fiat ab intestato, nihil repetere poterunt ascendentes, sed tota hæreditas devolvetur ad fratres defuncti; si vero institutus sit legatarius universalis, reservationem habebunt ascendentes, et nihil tribuetur fratribus. Ita Delvincourt, qui simul monet



adeo nihilominus apertam esse dispositionem legis, ut huic standum sit : nec videmus alios auctores afferre ullam rationem hujus œconomix legis.

Supponit DURANTON, n° 310, quem sequitur COIN-DELISLE, n° 6, avos habituros esse jus ad reservationem, si fratres defuncti renuntient successioni ; quia tunc idem est ac si non superessent : unde sequitur facile eludi posse legem, quia si defunctus de tota hæreditate sua disposuerit, libenter renuntiabunt fratres, ut reservatio tribuatur avis, ex quorum successione aliquid sperare poterunt. Verum ex isto consecratio forsan deduci potest rejiciendum esse principium. Reipsa nullus alius auctor legem ita intellexit, ut observat VAZEILLE, ad art. 915, n° 3 : quando defunctus disposuit de universa hæreditate, nullum jus habent fratres, ac proinde illusoria est et nullius momenti eorum renuntiatio.

4°. Non constat apud jurisperitos, quid intelligendum sit per illam dimidiam vel quartam partem bonorum, quæ reservatur ascendentibus. Alii intelligunt dimidiam vel quartam partem eorum quæ percepissent ab intestato, ac proinde nonnisi quartam vel octavam partem, quando pater et mater concurrunt cum fratribus defuncti, juxta art. 748 : ita DELVINCOURT, p. 214 ; LEVASSEUR, *Port. disponible*, n° 50 ; PIGEAU, p. 448. Alii dimidiam vel quartam partem omnium bonorum : ita GRENIER, n° 575 ; TOULLIER, n° 110 ; VAZEILLE, ad art. 915, n° 1 : supponit ipsemet DELVINCOURT, p. 215, hanc esse interpretationem communem : eruitur ex attenta consideratione textus, inquit COIN-DELISLE, n° 2.

531. III°. *Si supersint descendentes*, hæc statuit art. 913 : ille cui superstes est unicus filius legitimus, potest disponere de dimidia parte bonorum ; si duo, de tertia parte ; si tres aut plures, de quarta tantum parte. De quo hæc observare sufficiat.

1°. Articulus ille non loquitur nisi de filiis legitimis. Hinc orta est quæstio, an filiis illegitimis, seu spuriis, competat aliqua reservatio proportionata juri quod ipsis tribuitur in successionibus ab intestato, art. 756 et seq. Hanc expendimus in *Tr. de Justitia* (n° 518).

2°. Ex art. 914, sub nomine filiorum intelliguntur etiam nepotes, et alii posterī in quocumque gradu : ita tamen ut numerentur tantum pro filio quem repræsentant in successione de qua agitur. Unde si quis habeat unicum filium et plures nepotes ex altero filio præmortuo, poterit nihilominus disponere de tertia parte bonorum. Pariter si quis habeat plures nepotes ex unico filio præmortuo, poterit nihilominus disponere de dimidia parte bonorum. Aliter sentit LEVASSEUR, n° 39 : quia, inquit, in eo casu illi nepotes non veniunt ad successionem jure *repræsentationis*, sed jure proprio, *de leur chef*; ac proinde illis non applicatur secunda pars articuli 914, sed tantum prima; sicque si sint tres aut plures, reservabuntur tres partes, et nonnisi quarta pars erit disponibilis. Verum communiter rejicitur illa opinio; sensus articuli est, filios, quocumque sint, non habere simul majorem reservationem, quam haberet eorum pater, si viveret. Reipsa, ut aiebat orator Gubernii, exponens motiva legis de successionibus (*Code et Motifs*, t. iv, p. 169), sicut mors patris non debet eis nocere, ita nec prodesse. Satis mirum esset eum qui, habens unicum filium et tres ex eo nepotes, poterat disponere de dimidia parte bonorum, non posse amplius disponere nisi de quarta parte, si filius ille moriatur. Vid. GRENIER, n° 558; DELVINCOURT, p. 219; TOULLIER, n° 102; DURANTON, n° 290; VAZEILLE, ad art. 914, n° 1; COIN-DELISLE, ad art. 914, n° 4.

532. — 3°. Ex articulo allato, pars disponibilis varia est secundum numerum filiorum. Sed quæstio est, an ratio habenda sit filiorum existentium, an vero tantum accep-

tantum; seu aliis verbis, an filii qui renuntiant successioni numerandi sint ad determinandam portionem disponibilem? — Negat DELVINCOURT, p. 216, pro casu quo gratuita est renuntiatio: nititur præcipue veteri jurisprudentiæ. Sed alii communiter affirmant: quia articulus loquitur de filiis *quos pater relinquit*, nullatenus distinguens inter acceptantes et non acceptantes; et ex art. 786 pars illius qui renuntiat accrescit cohæredibus, non vero donatariis. Vid. GRENIER, n° 564; LEVASSEUR, n° 40; TOULLIER, n° 109; GUILHON, n° 242; DURANTON, n° 298 et seq.; VAZEILLE, ad art. 913, n° 2; POIJOL, ad art. 913, n° 7; COIN-DELISLE, n° 6.

Sed alia exsurgit quæstio, huic aliquatenus affinis: an nempe filius, quemadmodum, licet non acceptans hæreditatem, numeratur tamen ad determinandam portionem disponibilem, ita numeretur inter eos quibus devolvitur reservatio; id est, an filius qui renuntiat successioni jus habeat nihilominus ad reservationem? Scilicet ex art. 845 hæres cui facta est a defuncto donatio vel legatum, ratione cujus tenetur ad collationem si veniat ad successionem, potest renuntiare successioni, et retinere donum vel legatum usque ad concurrentiam portionis disponibili: quæstio est, utrum in eo casu possit nihilominus sibi vindicare partem reservationis?

Solutio quæstionis pendere videtur a titulo quo reservatio tribuitur filiis; an nempe tanquam filiis tantum, an vero tanquam hæredibus? Porro tres ortæ sunt ea de re opiniones. Juxta primam, reservatio tribuitur *jure sanguinis*; ac proinde non opus est aliquem esse hæredem ut possit petere reservationem. Juxta secundam, qui non est hæres non potest quidem petere reservationem per viam actionis, sed potest eam retinere per viam exceptionis; si nempe sit donatarius, potest conjungere portionem disponibilem cum reservatione, et cæteris hæredibus non relin-

quere nisi quod eis competit jure reservationis. Tandem juxta tertiam, soli hæredi competit reservatio; ac proinde qui successionem renuntiat, reservationem nec petere, nec retinere potest. Tres illas opiniones fuse exponit CHABOT, *Successions*, ad art. 845, n° 9, t. III, p. 281-357. Secundam fuse propugnat GRENIER, n° 585-594. Tertiam amplectitur TOULLIER, n° 110.

Inter illas controversias, celebre judicium tulit Curia suprema, 18 februar. 1818, quo luculenter et accurate exponuntur principia in sensu tertiæ opinionis. Quæstionem exinde denuo expendens GRENIER, *Supplément*, n° 566 *bis*, concludit, p. 231, huic judicio standum esse: ita etiam plures alii, quamvis nihilominus non ideo consentiant inter se varia tribunalium judicia: vid. VAZEILLE, t. I, ad art. 845, n° 4. Judicium Curiae supremæ impugnat DELVINCOURT, p. 248, quatenus adversatur secundæ parti secundæ opinionis. Sed illud tuetur et pluribus confirmat DURANTON, t. VII, n° 251 et seq., quamvis agnoscat quasdam ex resolutionibus quas includit difficultatem pati posse, præsertim quoad applicationem. Ex principio enim de quo hic agimus plura educuntur consectaria, prout quæstio sub diversis respectibus expenditur. De iis disserere nostri non est instituti: adeantur jurisperiti. Indicare sufficiat aliud judicium solemne ejusdem Curiae supremæ, latum consultis, ut dicitur, classibus (*les sections réunies*), 8 julii 1826, quo enuntiantur plura principia difficultatibus enucleandis idonea. Vid. DURANTON, *ibid.*, n° 296; GRENIER, *Supplém.*, n° 597 *bis*, p. 239 et seq.; VAZEILLE, ad art. 922, n° 1; ROGRON, ad art. 845, ubi varia judicia quæ sibi invicem adversari videntur, conciliat: quod idem præstat *Continuator* SIREY, 1843, I, col. 689, ubi profertur judicium Curiae supremæ, 17 maii 1843, in sensu primæ opinionis supra memoratæ.

533. Tales sunt juris dispositiones circa reservationem : de quibus duo observabimus.

1°. Lex quæ reservationem determinat habenda est aliquomodo ut attributiva proprietatis, cum assignet quænam jura unicuique competant : igitur, juxta principia exposita in prima parte ( n° 147 ), actus contra eam legem initi habendi sunt ut irriti in conscientia etiam ante sententiam judicis. Cum tamen ex art. 921 reductio postulari possit solummodo ab iis in quorum gratiam reservatio constituta est, prout modo explicabimus, dici potest licitum esse donatario expectare donec eam postulent, sed non potest expectare sententiam. Vid. quæ dicemus infra ( n° 604 ).

2°. Nulla reservatio assignatur conjugi superstiti. Attamen postulant mutua conjugum officia ut sibi invicem opitulentur : et talis obligatio per mortem alterutrius solvi non debet ; nec enim sinit æquitas ut conjux superstes, si bona propria non habeat, ad statum miseriæ redigatur, vel cogatur sibi providere convolando ad secundas nuptias. Hinc olim per leges et consuetudines variis modis consuebatur sorti conjugis superstitis ; nempe varia jura ipsi competebant, quæ diversa pro diversis locis communi vocabulo dicebantur *Gains de survie*. Poterant quidem determinari per conventiones matrimoniales, et tunc dicebantur *Gains conventionnels* ; sed deficiente conventionem speciali, determinabantur per ipsam legem, et dicebantur *Gains légaux* : unde erat quædam legalis reservatio. Quando actum est de conficiendo codice Civili, postulaverunt plurimi ut pariter statueretur quædam hujusmodi reservatio ; nec abnuebant cæteri. Sed falso creditum fuit id jam statutum fuisse in art. 754 ; qui tamen non conjugem superstitem, sed solos ascendentes respicit : sicque ex errore facti omissa fuit illa reservatio. Hinc, ait DE SAINT-JOSEPH, *Concor-*



*dance entre les codes Civils étrangers, et le code Napoléon, Introd., p. 23, « La disposition du code Napoléon, d'après « laquelle la veuve ne succède à son mari que lorsqu'il n'y « a pas de parent au douzième degré (art. 767) est celle « contre laquelle on s'est le plus vivement prononcé à « l'étranger, et cela parce que le Code ne lui accorde aucun « droit sur la fortune de son époux, pas même celui à des « aliments. Aussi les codes étrangers, postérieurs au code « Napoléon, se sont-ils empressés de réparer les rigueurs « de cette disposition, qui, après la dissolution du mariage, met la femme hors de la famille du mari.... Il « est vrai qu'en France, l'éloignement dans lequel on a « tenu le conjoint survivant, sur la succession de l'époux, « qui avoit cependant partagé sa commune existence, a été « le résultat d'une erreur. »* Hæc omnia fuse evolvit BENECH, *De la quotité disponible entre époux*, 3<sup>e</sup> part., p. 199 et seq.; ex quibus concludit, p. 231, favendum esse, quantum fieri potest, conventionibus inter sponsos ea de re ineundis, *A l'égard des gains de survie conventionnels*. Adimus nos, ad mentem ejusdem auctoris, p. 202, sæpè in conscientia agnoscendam esse obligationem faciendi hujusmodi donationes, quæ non tam ut liberalitas, quam ut solutio debiti sacratissimi habendæ sunt.

## §. 2. *De donationum reductione.*

534. Ut lex provideat executioni eorum quæ mox statuta vidimus circa reservationem, præcipit fieri reductionem donationum quæ excedunt tempore quo moritur donator portionem disponibilem. Ita art. 920. Unde donatio partis indisponibilis non est absolute irrita, sed reductibilis tantum.

Dicitur autem 1<sup>o</sup>. *Donationum*, quia evidens est non attingi dispositiones onerosas : hæredibus enim non tribuitur jus nisi in bona successionis ; *Bona* autem, ex axioma, *non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Cum vero

dubium videri posset in quam classe collocanda esset cessio bonorum facta cum onere census vitalitii, vel cum reservatione ususfructus, lex illud determinavit per dispositionem expressam, art. 918; GRENIER, n° 639 et seq.; TOULLIER, t. v, n° 131 et seq.; COIN-DELISLE, ad eum articulum.

Dicitur 2°. *Tempore quo moritur donator* : hoc enim tempus spectandum est, non vero illud quo facta est donatio, ut determinetur an adsit locus reductioni; nam antea incertum est an læsa fuerit reservatio.

535. His præmissis, exponendum habemus, 1°. a quibusnam postulari possit hæc reductio; 2°. quomodo fieri debeat; 3°. quinam sint illius effectus.

I°. *A quibusnam postulari possit reductio*. Vel agitur de donationibus inter vivos, vel de dispositionibus testamentariis.

1°. Quoad *donationes*, reductio postulari potest tantum ab iis in quorum gratiam constituta est reservatio, vel ab eorum causam habentibus: quo nomine designantur eorum creditores, et ii quibus concessere, gallice *cessionnaires*; ita in discussione articuli 921 coram Tribunatu agnitum fuit (*Confér. du Code*, t. iv, p. 240).

Hinc 1. donator ipse non potest postulare reductionem donationum, licet sint immodicæ: quia quamdiu vivit, locus non est reductioni, et nonnisi in gratiam hæredum constituta est reservatio: donator posset tantum, si indigeret, postulare alimenta, quæ si ei denegarentur, revocaret donationem, juxta art. 955. Ita TOULLIER, n° 121.

Hinc 2. donatarii, legatarii, creditores defuncti non possunt reductionem postulare, vel ex ea lucrum consequi. Ita expresse art. 921. Hæc dispositio, quæ primo intuitu iniqua videri posset quoad creditores, sic explicari potest. Vel creditores habebant hypothecam in bona donata, vel non. In priori casu, non ipsis opus est reductione, quia jus suum prosequi poterunt per actionem hy-

pothecariam. In posteriori, vel donationes subsecutæ sunt debita, vel ea præcesserunt. Si subsecutæ sunt, creditores poterunt eas impugnare tanquam fraudulentas, juxta art. 1167. Si præcesserunt, creditores nullum jus acquirere potuerunt in bona jam alienata : unde si hæres recurrat, ut dicitur, ad *beneficium inventarii*, nullum recursum contra eum habebunt. Ita DELVINCOURT, p. 234 ; GRENIER, n° 326.

2°. Quoad *dispositiones testamentarias*, reductio postulari poterit a creditoribus defuncti, quia legatarii nihil exigere possunt nisi solutis debitis defuncti. DELVINCOURT, p. 234 ; TOULLIER, n° 125.

536. II°. *Quomodo fieri debeat reductio*. Distinguendum est : vel adsunt solummodo donationes inter vivos, vel solum dispositiones testamentariæ, vel utræque simul.

1°. *Si non adsint nisi donationes inter vivos*, reductio fit incipiendo a novissima, et retro ascendendo usque ad primam, si opus sit, ut integra obtineatur reservatio. Ita statutum fuit, tum quia novissimæ donationes solæ lædunt reservationem, tum quia alioquin donator haberet medium donationem revocandi. Ita DELVINCOURT, p. 242.

Ut autem accurate intelligatur hæc regula, quædam sunt advertenda.

1. Si in eodem actu factæ fuissent donationes pluribus personis, reductio eas æqualiter attingeret, servata proportionem. Ita GRENIER, n° 605, quem sequitur TOULLIER, n° 146 ; COIN-DELISLE, ad art. 923, n° 4. Idem dicendum videtur, si plures donationes factæ fuerint eodem die, licet non eodem actu, si non appareat quænam prior fuerit : DURANTON, t. VIII, n<sup>is</sup> 353, 354 ; VAZEILLE, ad art. 923, n° 6 ; POUJOL, ad art. 923, n° 4 ; COIN-DELISLE, *ibidem* : secus vero, si ex actu constet quænam alteram præcesserit.

2. Si novissimus donatarius sit debitis impar, datur re-

cursus in donatarios priores. In hoc concordant auctores, ait TOULLIER, n° 137, p. 149, ubi plures citat. Sed antea fieri debet discussio bonorum novissimi donatarii, *Usque ad saccum et peram*, ut loquuntur jurisperiti. Verum difficultas est, an hæres possit tunc integram suam reservationem exigere. Plures ea de re opiniones exponit COIN-DELISLE, ad art. 923, n° 8 et seq., et quamvis agnoscat meliores auctores tribuere hæredi hanc facultatem, ipse existimat, n° 11, hæredem et donatarium priorem debere ex æquo partem habere in jactura quæ oritur ex eo quod postremus donatarius sit solvendo impar.

3. Hæres poterit jus suum reservationis exercere erga detentores bonorum immobilium quæ erant objectum donationis, si hæc fuerint alienata a donatariis: sed debebit pariter antea istorum bona discutere. Ita art. 930: ex cujus verbis omnino generalibus concludunt jurisperiti hanc discussionem extendendam esse, non solum ad bona ex donatione provenientia, quæ remanerent penes donatarium, sed etiam ad bona ipsius personalia. Vid. TOULLIER, n° 152; GRENIER, n° 631; VAZEILLE, ad art. 930, n<sup>is</sup> 3 et 4; COIN-DELISLE, ad art. 930, n° 10.

2°. *Si non adsint nisi dispositiones testamentariæ*, reductio æqualiter eas omnes attingit, nisi contrarium statuerit testator; art. 926, 927. Ratio est, quia omnes illæ dispositiones vim non obtinent nisi moriente testatore, ac proinde eodem tempore. Olim reductio attingebat primo legatarium universalem; idemque hodie admittit LEVASSEUR, n° 106. Sed nimis aperta videntur verba articuli, ut illud possit admitti. De hac mutatione, vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 237; DURANTON, n<sup>is</sup> 362, 363; VAZEILLE, ad art. 926, n° 1; COIN-DELISLE, ad art. 926, n<sup>is</sup> 5, 6.

3°. *Si adsint simul dispositiones inter vivos, et testamentariæ*, prius exhauriendæ sunt dispositiones testamentariæ; art. 923. Jus acquisitum donatariis tolli non potuit per

testamentum, quod nonnisi moriente testatore vim obtinet.

537. III°. *De effectibus reductionis.* Considerari possunt quoad ipsa bona, et quoad eorum fructus.

1°. *Quoad bona ipsa*, si adhuc exstent apud donatarium, redeunt ad hæredes libera ab oneribus quæ ipsis imponere potuit donatarius; art. 929. Donatio enim censetur facta sub conditione conferendæ, si opus sit, reservationis : ipse autem donatarius transferre non potuit jus quod non habebat. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 245; TOULLIER, n° 150. Si vero fuerint partim alienata, reductio attingit primo ea quæ supersunt apud donatarium : ita deducit DELVINCOURT, *ibid.*, ex jure Romano, cujus dispositio est menti Codicis omnino consentanea. Si denique ea non sufficiant, vel si omnino alienata fuerint, reductio attinget eos qui ea acquisierunt, ut modo diximus, et quidem secundum ordinem acquisitionis; sed lex intendens acquirentibus favere, simul statuit, ut diximus quoque, recursum adversus eos non competere, nisi quatenus a donatario nequit hæres obtinere quod necessarium est ad complendam reservationem. Ita art. 930.

2°. *Quoad fructus*, donatarius non debet restituere fructus perceptos ante obitum donatoris, quia erat vere rei dominus : et cum donatio non resolvatur nisi in gratiam hæredis qui jus habet ad reservationem, non debet iste jus habere ad fructus perceptos ante eventum quo dominium rei ad ipsum transfertur. Ita COIN-DELISLE, ad art. 928, n° 2. Sed debet donatarius restituere fructus a die obitus donatoris, si intra annum facta fuerit petitio : secus, a die petitionis; art. 928. Illud locum habet etiam quando donatarius ignorabat obitum donatoris : cujus rationem sic explicat DELVINCOURT, p. 245 et 246. Concilianda erant jura hæredis, ad quem transit hæreditas ab instanti quo auctor illius mortuus est, cum jurepos-



essoris bonæ fidei : existimatum est priorem esse præferendum ; eo magis , quod ex eodem articulo non possunt deberi fructus nisi unius anni. Ideo autem exigitur petitio post elapsum annum , quia , si facta non fuerit , donatarius credere debuit aliunde non deesse bona ad complendam reservationem. Existimat pariter DELVINCOURT , p. 246 , idem statuendum esse quando bona sunt alienata , et reductioni subicitur qui ea acquisivit. Sed juxta alios , iste non debet fructus a die obitus , sed tantum a die petitionis , quia antea gaudet jure possessoris bonæ fidei : GRENIER , n° 633 ; DURANTON , n° 376 ; VAZEILLE , ad art. 930 , n° 7 ; POUJOL , ad art. 928 , n° 2 ; COIN-DELISLE , ad art. 930 , n° 14.

538. Ex art. 928 igitur non tenetur donatarius restituere fructus perceptos ante obitum donatoris : quæ dispositio affinis est ei quæ respicit casum quo donatio facta est uni ex hæredibus ; iste enim veniens ad successionem non tenetur referre fructus perceptos ante mortem donatoris , prout vidimus in *Tr. de Justitia* (n° 550). Exinde concludi potest fructus illos non attingi per reductionem : illudque reipsa tanquam indubium supposebat BERLIER in discussione articuli 922 in concilio Status (*Confér. du Code*, t. IV, p. 244). Quemadmodum ergo in donatione facta uni ex hæredibus fructus rei censentur donati omnino absolute et sine obligatione collationis , ita si donatio fiat extraneo , est omnino absoluta quoad fructus et sine periculo revocationis ad obtinendam reservationem.

Sed sicut in ordine ad collationem ambigitur , prout ibidem exposuimus , utrum applicetur ea decisio , quando donantur non res frugiferæ , sed ipsimet fructus , seu usus , vel reliquiæ census , aut alia hujusmodi , uno verbo , quando fructus sunt objectum primarium et directum donationis , idem investigari potest in ordine ad reductionem faciendam reservationis obtinendæ gratia. Porro sententia communis

est, ut ibidem diximus, etiam in illo casu non deberi collationem : et quamvis huic sententiæ aliquatenus repugnet Duranton, agnoscit tamen eam sequendam esse quando talis fuit voluntas donatoris. Idem ergo dicendum in ordine ad reductionem; et quidem a fortiori : cum enim principium de reductione non pendeat a voluntate donatoris, et omnino generalis sit dispositio articuli 928, quæstio solvenda videtur modo absoluto, et sine respectu ad voluntatem donatoris.

Sed superest alia difficultas, quam huc solvendam remissimus : utrum nempe fructus et redditus qui obtigerunt ante mortem donatoris, eximantur a collatione pure et simpliciter, an vero tantum usque ad concurrentiam portionis disponibilis; utrum, v. g., pater qui jam filio dedit per contractum matrimonii portionem disponibilem, possit illos fructus ei tribuere? Satis practica est illa difficultas in quibusdam præsertim Galliæ provinciis, in quibus ex pristinis moribus pater uni filio præ cæteris favere conatur quantum ipsi per legem licet. Quæri posset etiam, utrum qui jam dedit portionem disponibilem, possit fructus seu redditus dare extraneo? — Jam vero, ut incipiamus a posteriori isto respectu, satis apertum videtur non posse hanc facultatem denegari donatori. Etenim ex principio generali locus esse non potest reductioni nisi quando donatio excedit portionem disponibilem : cum ergo art. 928 modo absoluto pronuntiat reductionem non attingere fructus perceptos ante mortem donatoris, supponit casum quo donatio vere excedit. Et revera ille qui dedit portionem disponibilem non ideo excidit a jure fruendi suis bonis, seu consumendi suos redditus : porro nimium coarctaretur jus illud, si non posset ex his redditibus donare directe, vel indirecte. Ergo nulla videtur difficultas quoad donationem fructuum factam extraneo : et illud supponunt auctores mox afferendi.

At vero res videri potest non adeo aperta, si agatur de donatione facta uni ex filiis. Ratio dubitandi desumi potest 1°. ex dispositione legis. Ex art. 844, non possunt retineri ultra portionem disponibilem ea quæ donata sunt cum expressa dispensatione a collatione : ergo idem dicendum quoad ea in quibus non adest nisi dispensatio tacita, qualia sunt ea de quibus hic agitur. Et revera, ut ait DURANTON, rationes dubitandi exponens, t. VII, n° 373, p. 551, si locus sit collationi quando pater filio bonum suum locavit vili pretio, quia ibi agnoscitur donum indirectum, cur non idem diceretur de dono directo fructuum? 2°. Ex fine et scopo legis. Voluit statuere æqualitatem inter hæredes : porro hic prorsus tollitur ea æqualitas. Quid enim huic magis contrarium, quam si unus ex filiis, v. g., cum redditibus a se perceptis possit cohæredibus solvere integram eorum portionem, et sic omnia bona ipse retineat, ut non raro accidit? Igitur videretur tantum permitti posse dona modica, qualia fieri consueverunt in familiis honestis. Ad hanc opinionem pro casu peculiari accedere videtur TOULLIER, qui ait, t. IV, n° 486, p. 498 : « Les arrérages  
« non perçus de la rente promise par le défunt à l'un de  
« ses héritiers, sont exigibles à l'ouverture de la succes-  
« sion, *pourvu que la somme à laquelle ils s'élèvent n'ex-  
« cède pas la quotité disponible.* »

Attamen plura obstant ne lex in eo sensu intelligatur. 1°. Art. 856 est omnino generalis, nullatenus distinguit : ergo asserenda non est limitatio quæ non exprimitur in lege. Ita CHABOT, *Successions*, t. III, ad art. 856, n° 5, p. 428. 2°. Videtur unicuique permitti libera reddituum suorum dispositio : « Tout individu, » ait idem auctor, ibidem, « est toujours entièrement le maître de ses revenus ; il  
« peut les employer comme il lui convient ; il peut en dis-  
« poser comme il lui plaît pour le temps où il existe, et la  
« prohibition qui lui est faite de disposer au delà d'une

« certaine portion de ses biens, ne porte que sur la propriété même des biens et sur les revenus qui doivent échoir après son décès. » Idem ait DURANTON, t. VII, n° 360, p. 539, illud confirmans ex iis quæ statuit art. 928 circa fructus perceptos a donatario. Et revera præsumitur quod nisi pater reditus suos filio reliquisset, eos verisimiliter consumpsisset; et aliunde satis providetur aliis filiis, modo intacta remaneat bonorum proprietas. 3°. Ex art. 928, ut modo exposuimus, donatarius extraneus non debet fructus illius partis quæ excedit portionem disponibilem nisi a die quo mortuus est donator: ergo fructus qui obveniunt antea non cadunt sub reservatione; ergo pater potest absolute de iis disponere; ergo nulla est ratio cur non posset donare uni e filiis.

Hæc secunda opinio anteponenda videtur, positis tamen quibusdam restrictionibus vel explicationibus. 1°. Si agatur de censu vel pensione annua promissis a patre uni ex filiis, quæ excedant illius reditus annuos, adeo ut partes quas quotannis non exsolvit molem efforment quæ post illius obitum magnam hæreditatis partem absumat, liberum esse debet tribunalibus pronuntiare reductionem, adeo ut quæ filio tunc debentur non excedant portionem disponibilem. Idem dicendum, licet pensio non superet reditus, si pater eam solvendo non exigat solutionis testimonium, ut possit filius post ejus mortem solutionem denuo postulare. Ita CHABOT, p. 430, quem approbat DURANTON, n° 373, p. 553, addens posse aliunde cæteros hæredes uti præscriptione statuta art 2277, nec solvere plus quam quinque annos; TOULLIER, mox citato; VAZEILLE, ad art. 856, n° 3 et 4. Reipsa in his casibus satis manifesta est fraus contra legem: hæc autem permitti non potest. 2°. Decisio non applicari debet nisi fructibus, seu redditibus. Sed illi reditus semel a patre percepti possunt sortem efformare, *être*, ut aiunt, *capitalisés*; tunc cæteris bonis

æquiparantur, et attinguntur per legem de portione indisponibili. Cum ex dictis dispositio specialis quoad fructus in eo aliquatenus fundetur quod donator verisimiliter reditus consumpturus fuisset, nisi eos donasset, exigendum videtur ut donentur per modum redituum, seu, ut dicitur, *à fur et mesure*.

ART. 3. *De forma in dando servanda.*

539. Dicemus 1°. de forma servanda in donationibus inter vivos; 2°. de forma servanda in testamentis; 3°. expendemus utrum et quatenus irrita sint in foro conscientiae donationes et testamenta in quibus servata non fuit forma per leges præscripta.

§. 1. *De forma servanda in donationibus inter vivos.*

540. Ratione habita juris naturalis, nulla specialis forma seu solemnitas requiritur in donatione: nulla quoque requirebatur in jure Romano. Sed in jure nostro veteri, cum multis in locis minus donare liceret per testamentum quam per donationem inter vivos, et multi hanc legis dispositionem eluderent, ideo statutum fuit ut plura requirerentur in donatione quam in cæteris contractibus etiam maximi momenti. Quamvis hodie non subsistat idem motivum, eidem tamen regulæ stetit codex Civilis. Hæc est ratio quam affert TOULLIER, n° 169-171. Aliam supeditat DELVIN COURT, t. II, *Notes*, p. 251: mens legislatoris, pluries expressa in discussionibus codicis Civilis, est ut donatio sit irrevocabilis ex parte tum donatoris, tum donatarii; eo admissio, explicantur plura legis præscripta, quorum alioquin satis solida ratio afferri non posset. Ideo autem vult legislator irrevocabilem esse donationem, ut difficilius recurrant homines ad illum disponendi modum, qui, præsertim olim, ut aliquid satis odiosum habebatur, utpote perturbans ordinem successionum per legem deter-



minatum, sicque impediens ne bona servarentur in familiis, prout bono publico expedire tunc judicabatur. Ita TOULLIER, n° 221. Vid. etiam COIN-DELISLE, c. IV, n° 3, p. 183.

Multo plura igitur requiruntur in donatione, quam in cæteris contractibus : et quidem, ut observat DELVINCOURT, p. 250, non tantum probationis, sed et solemnitatis causa, eo sensu quem ab initio exposuimus (n° 12). Unde donatio dicitur contractus sollemnis. Expendemus 1°. quænam præscribantur ad formam donationis generatim spectatæ; 2°. utrum omnes omnino donationes his formis subjiciantur.

PUNCT. 1. *Quænam præscribantur ad formam donationis generatim spectatæ.*

541. Ad quatuor reduci possunt quæ jure nostro præscribuntur : 1°. Interventus notarii; 2°. acceptatio; 3°. index æstimatorius, si agatur de bonis mobilibus; 4°. transcriptio, si de immobilibus. Quatenus hæc exigantur, paucis exponemus.

I°. DE INTERVENTU NOTARII. Ex art. 931, omnis actus donationis inter vivos fieri debet coram notariis, in forma consueta contractuum, sub pœna nullitatis. Articulus ille desumptus est ex art. 1 edicti anni 1731. Forma illa contractuum determinatur per legem 15 maii 1803, quæ est de notariatu, in qua inter alia præscribitur, art. 9, ut actus recipiantur a duobus notariis, vel ab uno notario coram duobus testibus, et quidem sub pœna nullitatis juxta art. 68 ejusdem legis. Ex usu et jurisprudentia in plerisque tribunalibus recepta, et juxta quam judicaverat Curia suprema, 6 augusti 1833, apud ROGRON, necessarium non reputabatur ut secundus notarius, vulgo *notaire en second*, et testes interessent receptioni actus, modo postea subscriberent. Contra illum usum reclamabant non pauci jurisperiti, inter alios TOULLIER, t. XIII, *Additions*,

p. 542 et seq.; et tandem Curia suprema judicavit juxta rigorem legis, 25 januar. 1841, et 16 nov. ejusdem anni. Hinc, ut observabat *Continuator* SIREY (1841, I, 110), necessario immutandus erat notariorum usus, vel nova lex proponenda. Reipsa lata est nova lex, 21 junii 1843, in qua sic statuitur : « Art. 1. Les actes notariés passés « depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an 11 « ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en « second ou les deux témoins instrumentaires n'auroient « pas été présents à la réception desdits actes. Art. 2. A « l'avenir les actes notariés contenant donation entre-vifs, « donation entre époux pendant le mariage, révocation de « donation ou de testament, reconnoissance d'enfants na- « turels, et les procurations pour consentir ces divers « actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement « par deux notaires, ou par un notaire en présence de « deux témoins. La présence du notaire en second ou des « deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture « des actes par le notaire et de la signature par les parties : « elle sera mentionnée, à peine de nullité. » Vid. legis discussio, *Continuat. de* SIREY, 1843, II, p. 431 et seq.

Exigitur præterea, art. 931, sub pœna nullitatis, ut penes notarium remaneat prima perscriptio (*la minute*); unde donatio fieri nequit, ut dicitur, *en brevet* : ne scilicet facilius destrui possit actus donationis, si forte in manus donatoris deveniat.

Porro nullitas donationis, in qua servata non fuit hæc prima forma, est absoluta, ab ipso donatore invocari potest, nec per ullam confirmationem tolli potest, prout jam exposuimus (n° 133 et seq.). Ita DELVINCOURT, p. 252; TOULLIER, n° 177; VAZEILLE, ad art. 932, n° 13; COIN-DELISLE, ad art. 931, n° 7.

542. II°. DE ACCEPTATIONE DONATARIJ. Duo sunt accurate distinguenda, acceptatio, et solemnitas accepta-

tionis : prior est de essentia contractus, ut ab initio probavimus; posterior vero est forma jure civili indicta. De ista exponendum habemus, 1°. quomodo; 2°. a quo; 3°. quandonam fieri debeat.

I. *Quomodo fieri debeat acceptatio.* In aliis contractibus sufficit acceptatio quæcumque, etiam tacita, seu quæ deducitur ex præsentia ad actum conficiendum, et præsertim ex subscriptione. Idem quoad donationes admittebatur in jure Romano. Sed aliquid amplius requirebat jus consuetudinarium, cui consentaneum est jus hodiernum. Hujus rationes intelliguntur ex modo dictis. Vid. TOULLIER, n° 187; DURANTON, n° 414. Itaque

Requiritur 1°. acceptatio *expressa*, seu, ut loquitur art. 932, *terminis expressis*. Exinde excluditur acceptatio tacita, deducta ex præsentia et subscriptione. Ait tamen TOULLIER, n° 188 et seq., non requiri præcise ut adhibeatur vox *acceptatio*, sed sufficere verba æquivalentia, v. g., ut dicatur in fine actus partes ita voluisse et consensisse : imo satis esse ut donatarius possessionem inierit rei donatæ, quia codex Civilis non retinuit dispositionem edicti 1731, ex qua non sufficebat ea possessio; contra, ex art. 1338 executio voluntaria conventionis æquivalet confirmationi. Verum alii judicant hæc non sufficere ut satisfiat dispositioni articuli 932. Sufficiunt quidem verba æquivalentia; sed requiritur ut sint *expressa* : talia autem non sunt verba a notariis adhibita in fine quorumcumque actuum. Articulus autem 1338 non videtur applicari donationibus, prout jam diximus (n° 139). Vid. GRENIER, *Supplém.*, n° 57 *bis* et seq.; VAZEILLE, ad art. 932, n° 1 et 2; COIN-DELISLE, ad art. 932, n° 3, 4, ubi observat ex jurisperitorum controversiis deduci multo tutius esse adhibere verba consueta.

2°. Si acceptatio fiat per actum posteriorem, requiritur *actus authenticus*, id est, ejusdem formæ ac ipsa donatio;

art. 932. Vid. GRENIER, n° 59. Per eam cautionem obtinetur ut donatio sit irrevocabilis etiam ex parte donatarii, ut observat DELVINCOURT, *Notes*, p. 256.

3°. Requiritur ut acceptatio *innotuerit donatori*; art. 932. Quomodo addita sit ea dispositio, et utrum extendi debeat ad cæteros contractus, vidimus in prima parte (n° 34). Sed huc expendendum remisimus (ibidem et n° 249) quatenus requiratur illa notificatio : de quo non concordant inter se jurisperiti.

Juxta quosdam, hæc notificatio non pertinet ad ipsam donationis substantiam. Scilicet, attento jure naturali, statim ac cum voluntate donatoris concurrit acceptatio donatarii, perfectus est contractus donationis sicut et alii contractus (vid. n° 34). Hinc olim nihil ultra exigebatur. Articulus autem 932, qui est juris omnino novi, statuit tantum donationem non habituram effectum *erga donatorem* ante notificationem acceptationis. Porro exinde sequitur tantum donatorem non obligari ante hanc notificationem, et posse consensum revocare, remque alteri transmittere : interim ergo suspenditur effectus donationis, donec completa fuerit hæc conditio; sed ea semel impleta habet effectum retroactivum, et effectus donationis repetendi sunt a tempore acceptationis. Et revera observationes tribunorum, quas adduximus (n° 34), et quæ locum dederunt huic dispositioni, indicant solummodo legislatorem voluisse cavere ne donator, qui, acceptationem ignorans, de re disposuisset, damnum ex sua ignorantia pateretur : igitur necessitas notificationis tota est in gratiam donatoris, sed non pertinet ad substantiam donationis. Ita DEMANTE, *Thémis*, t. VII, p. 378 et seq., et *Programme*, t. II, n° 298, quem sequitur GRENIER, n° 138 *bis*, *Supplém.*, p. 58. Agnoscunt tamen illi auctores, si donator ante notificationem moriatur naturaliter vel civiliter, dominium rei transferri ad ejus hæredes, qui

non ligantur actu ad quem nullatenus concurrerunt et qui nullum effectum habuit quoad eorum auctorem; item non posse fieri notificationem hæredibus donatoris, cum dicatur facienda vivente donatore : sed simul docent aliam donatoris incapacitatem, ex qua non amittit statum suum, v. g., si fiat interdictus, si mulier conjugium ineat, non obstare quin fiat notificatio iis qui ipsum repræsentant, et ab hæredibus donatarii; in quo tamen ultimo puncto eos ultra metam progressos esse existimat COIN-DELISLE, ad art. 932, n° 16, qui circa alia ipsis consentit : ratio ipsius est, quod, cum donator voluntatem legaliter non habeat tempore notificationis, retro ascendendum esset usque ad diem acceptationis, ut præsto esset ejus voluntas tempore habili, sicque donator vere ligatus censeretur ante notificationem acceptationis, contra tenorem articuli 932.

Verum juxta alios, ex art. 932 sequitur perfectam non esse donationem usque ad notificationem. Etenim donator interim servat rei dominium, nec ligatur per donationem : porro omnibus principiis juris circa donationem repugnat ut agnoscatur donatio perfecta, ex qua non ligetur donator. Insuper si antea perfecta esset donatio, non deberet corruere ex morte donatoris, et notificatio fieri posset ipsius hæredibus : unde sibimet ipsis contradicunt auctores prioris opinionis, quando exigunt ut vivat donator, non vero ut capacitatem suam servet, tempore notificationis. Ita DURANTON, t. VIII, n° 165, et 420, 421; GUILHON, n° 225, et 491 et seq.; VAZEILLE, ad art. 902, n° 4, et ad art. 932, n° 3.

Inter illas opiniones, hæc observamus. 1°. Si dicatur cum Grenier, ideo notificationem fieri non posse post mortem donatoris, quia per illam ejus voluntas extinguitur, merito contradictionem arguit Duranton, quia voluntas extinguitur etiam per dementia, etc. Sed vitatur illud incommodum, si dicatur tantum cum Demante, per mor-



tem donatoris deficere conditionem qua suspendebatur effectus donationis, nempe notificationem ipsi donatori faciendam : tunc enim hic applicari possunt quæ diximus circa testamenta (nº 250), et circa donationes conditionatas (nº 317). 2º. Aliud tamen incommodum occurrit in posteriori ista explicatione. Cum usque ad impletam conditionem liberum sit donatori consensum revocare, idem est ac si donatio facta fuisset sub conditione potestativa, juxta ea quæ diximus (nº 324) : non potest igitur antea dici perfecta. Hinc autem sequitur requiri ut capacitas donatoris perseveret donec locum habuerit notificatio. Quoad donatarium autem, quamvis art. 932, statuendo donationem habituram non esse effectum quoad donatorem, indicare videatur effectum habere quoad donatarium, prout intelligunt DEMANTE, *Thémis*, t. VII, p. 382, et COINDELISLE, n<sup>is</sup> 17, 18, qui inde concludunt istum transmitti hæredibus jus suum seu spem, ac proinde non requiri ut donatarius sit capax, imo neque ut vivat, tempore notificationis, nihilominus alienum videtur a principiis juris circa donationes, ut donatio censeatur perfecta, donec sit irrevocabilis ex utraque parte. Requiritur proinde videtur ut capacitas donatarii perseveret pariter usque ad notificationem. Ita GUILHON, n<sup>is</sup> 228, 491, 492. Insuper hic adduci potest ratio quam affert DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 256, ad ostendendum acceptationem fieri non posse post mortem donatarii : cum donatio fiat *intuitu personæ*, mors donatarii, si locum habeat antequam omnino ligatus sit donator, inducit præsumptionem mutatæ voluntatis in donatore, qui, si hæredibus favere velit, debet ipsis directe donare. Sed si donatarius fiat tantum incapax manifestandi suam voluntatem, v. g., ob amentiam, admittit idem auctor, nec renuit DURANTON, nº 421, acceptationem ipsam, a fortiori notificationem, fieri posse ab ejus tutore, ad sensum articuli 935.

543. II. *A quo fieri debeat acceptatio.* Plura statuuntur pro diversa donatariorum qualitate.

1°. Si donatarius sit *major*, acceptatio fieri debet ab ipso, vel ab ejus procuratore : procuratio autem fieri debet coram notario, et hujus apographum (*une expédition*) annecti debet actui donationis vel acceptationis ; art. 933. Exinde concludit DURANTON, n° 431, procuracionem non posse fieri *en brevet* : quod tamen sufficere existimant DELVINCOURT, p. 258, TOULLIER, n° 191, et COIN-DELISLE, ad art. 933, n° 6, quia eodem modo obtinetur finis legis. Idem admittit POUJOL, ad art. 933, n° 2, quamvis agnoscat securius esse stare stricte textui legis. Sed nullatenus sufficeret actus sub signo privato, etiamsi annecteretur actui acceptationis vel donationis.

2°. *Surdus et mutus*, si scribere norit, potest acceptare per seipsum, vel per mandatarium : si vero nesciat, datur ei curator ad hoc, juxta regulas traditas ubi de *Minoritate*. Ita art. 936.

544. — 3°. *Uxor* non potest acceptare donationem sine consensu mariti, vel eo recusante, sine interventu judicis, prout art. 217 et 219 statuitur. Ita art. 934. Quænam sit natura hujus nullitatis, an ab ipso donatore invocari possit, vidimus in prima parte (n° 201) : expendimus pariter (n° 202), utrum et quatenus tolli possit per ratihabitionem subsequentem mariti.

545. — 4°. Si donatio fiat *minori* non emancipato, vel *interdicto*, acceptatio fit a tutore, juxta art. 463 ; si minor sit emancipatus, potest acceptare cum assistentia curatoris : attamen pater et mater minoris emancipati vel non emancipati, item alii avi, licet supersint pater et mater, possunt acceptare pro minore, licet nec tutores, nec curatores sint. Ita art. 935. De quo hæc observamus.

1. Ex articulo 463 hic allegato, tutor non potest acceptare sine concursu concilii familiæ. Si tutor acceptet sine illo con-

cursu, vel si ipse minor solus acceptet, valida non est donatio : quænam sit illius nullitatis natura, jam expendimus ubi de *Capacitate minorum* (n° 187). Sed secunda pars articuli 463 statuit, donationem rite acceptatam habituram esse erga minorem eundem effectum ac haberet erga majorem. Quæstio est, utrum sensus sit donationem esse irrevocabilem etiam ex parte minoris, adeo ut, si huic annexa sint quædam onera, non possit se ab illis eximere donationem repudiandò, sed teneatur ea implere, quemadmodum vidimus (n° 487) teneri majorem?

Quæstionem fuse expendit GRENIER, n° 83. Juxta illum, in jure veteri communius admittebatur minorem semper posse repudiare donationem : in novo autem jure, quamvis in mente legislatoris fuerit stabilitas donationum, non exstat tamen dispositio satis expressa, ut judicetur factam fuisse mutationem tanti momenti. Verum nobis videtur satis apertum esse sensum articuli. Si sensus esset tantum quod donatio sit irrevocabilis ex parte donatoris, hæc declaratio fuisset plane inutilis ; intelligi ergo debet minorem, non magis quam majorem, posse se subtrahere oneribus impositis. Aliunde ad quid concursus concilii familiæ, si liberum manere debeat minori sese eximere a quibuslibet oneribus? Tandem idem deduci potest ex art. 1052, et, per analogiam, ex art. 1314. Ita DURANTON, n° 17 et 444 ; VAZEILLE, ad art. 935, n° 9 ; POUJOL, ad art. 935, n° 9 ; COIN-DELISLE, ad art. 935, n° 2.

546. — 2. Si donatio fiat a tutore vel curatore, cum non possint ipsi acceptare, acceptatio fiet vel ab uno ex ascendentibus de quibus modo, vel a curatore *ad hoc* nominato, vel a subrogato tutore. Ita DELVINCOURT, p. 261 ; TOULLIER, n° 202 ; GRENIER, n° 65, 66 ; DURANTON, n° 443 ; VAZEILLE, n° 6 ; COIN-DELISLE, ad art. 942, n° 6. Observat GRENIER, n° 66 *bis*, *Supplém.*, p. 45, quem sequitur COIN-DELISLE, *ibid.*, *Note*, non

sufficere acceptationem subrogati tutoris sine concursu concilii familiæ, cum et ipse tutor eo concursu indigeat; ideoque, si acceptatio non fiat ab uno ex ascendentibus, recurrendum esse ad concilium familiæ, quod vel facultatem acceptandi tribuat subrogato tutori, vel designet curatorem *ad hoc*.

Sed si acceptatio rite facta non fuerit, poteritne donator ipse in eo casu opponere defectum acceptationis?

Affirmat GRENIER, n<sup>is</sup> 66 et 66 *bis*, *Supplém.*, p. 44, quia deficiente acceptatione non adest donatio, nec proinde ligari potest donator. Idem admittunt DELVINCOURT, p. 261, TOULLIER, n<sup>o</sup> 202, COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 7, 8, quando non adfuit saltem aliqualis acceptatio, quia tunc donatio habenda est ut merum propositum: sed posita aliqua acceptatione, licet insufficienti, dicunt duo priores auctores, neque donatorem, neque ejus hæredes, posse nullitatem opponere, quia culpa est tutoris si acceptatio facta non fuerit secundum formas præscriptas, et ex art. 942 minor recursum habet contra illum: ait tantum COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 8, tutorem posse pro circumstantiis teneri de defectu acceptationis, quando ille defectus stat in nullitate cujus ipse particeps fuit. Vid. etiam VAZEILLE, ad art. 942, n<sup>o</sup> 3.

547. — 3. Quoad facultatem acceptandi quam lex tribuit ascendentibus, hæc adnotari possunt. 1°. Mater potest acceptare, licet pater nec mortuus sit, nec in impossibilitate manifestandi suum consensum. Juxta GRENIER, n<sup>o</sup> 64, mater aut avia ad acceptandum indigent consensu sui mariti: sed id negant DELVINCOURT, p. 261, 262; TOULLIER, n<sup>o</sup> 198; DURANTON, n<sup>o</sup> 438; VAZEILLE et POUJOL, ad art. 935, n<sup>o</sup> 5; COIN-DELISLE, ad art. 935, n<sup>o</sup> 7; quia non acceptant pro seipsis, et aliunde habent mandatum legale. 2°. Juxta DELVINCOURT, p. 262, si adsint pater et mater nec velint acceptare donationem,

non possunt avi eam acceptare. Verum ex discussione articuli, quam referunt MALEVILLE, et COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 5, 8, sequitur rem non fuisse ita intellectam : reipsa jus acceptandi tribuitur modo absoluto; cavendum tamen, ut monet VAZEILLE, n<sup>o</sup> 4, ne quid fiat in damnum minoris. 3°. Avi non indigent concursu concilii familiæ, etiamsi munus tutoris exerceant : art. 935 est omnino absolutus. Ita DELVINCOURT, p. 262; TOULLIER, n<sup>o</sup> 197; DURANTON, n<sup>o</sup> 441; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 3; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 16. Observat tamen POUJOL, n<sup>o</sup> 10, aliud dicendum fore, si ageretur de donatione onerosa; tunc minor, ostendens se læsum, posset nullitatem postulare. Id non admittit COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 18, quia quod legaliter factum est non debet infirmari : agnoscit tamen, n<sup>o</sup> 19, minori suppetere posse remedium in art. 1382, sicque omnia conciliari. 4°. Dispositio articuli respicit filium nondum natum, sed conceptum : ita GRENIER, n<sup>o</sup> 69; TOULLIER, n<sup>o</sup> 197; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 11. Et reipsa cum ex art. 906 declaretur habilis ad accipiendum, alia non dari potest acceptatio. 5°. Donatio facta filio spurio acceptari debet a patre vel matre qui eum agnoverunt, vel ab ejus tutore : sed acceptari non posset ab avis, quia legaliter avos non habet. Ita DELVINCOURT, p. 262; GRENIER, n<sup>is</sup> 67, 68; TOULLIER, n<sup>o</sup> 197; DURANTON, n<sup>o</sup> 440; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 8; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 10. — 6°. Existimat DURANTON, n<sup>o</sup> 442, facultatem concessam parentibus et avis respicere interdictos, qui ex art. 509 æquiparantur minoribus; agnoscit tamen tutius esse recurrere ad tutorem : ita etiam POUJOL, n<sup>o</sup> 6, et COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 14. Sed quoad illos quibus datum est concilium judicarium, cum acceptatio donationis non reponatur inter actus quos clicere nequeunt sine concilio, possunt per seipsos acceptare. Ita TOULLIER, n<sup>o</sup> 195, quem sequitur VAZEILLE, n<sup>o</sup> 2; POUJOL, n<sup>o</sup> 4.



548. — 5°. Donationes factæ in gratiam *hospitiorum, pauperum, vel institutorum utilitatis publicæ*, acceptari debent ab illorum administratoribus, obtenta prius approbatione Gubernii; art. 937.

1. Si agatur de bonis mobilibus quæ non superent valorem 300 francorum, sufficit approbatio præfecti: supra eum valorem, vel si agatur de bonis immobilibus quibuscumque, requiritur approbatio Regis. Ita statuit art. 1 edicti regii 2 april. 1817, et supponit art. 6 edicti januar. 1831, quibus ordinatur quod spectat ad hanc approbationem. Ex art. autem 48 legis 18 julii 1837, sufficit auctoritas præfecti, quando dona mobilia facta communitati, vel institutis communibus, (*à la commune et aux établissements communaux*) non excedunt 3000 fr., nec adest reclamatio hæredum. Sed illa dispositio applicari nequit aliis institutis, v. g., fabricis, quæ non includuntur sub verbis per legem adhibitis. Vid. *Journ. des Cons. de Fabrique*, t. v, p. 54.

2. Si donationi annexum sit aliquod onus servitii religiosi, prærequiritur approbatio episcopi. Art. 2 edicti 2 april. 1817.

3. Ex art. 4 edicti 14 januar. 1831, non conceditur approbatio donationum quæ factæ sunt institutis ecclesiasticis, cum reservatione ususfructus in gratiam donatoris: quia nempe tales donationes æquivalent testamentis, et tamen quoad illas locus non est iisdem cautionibus in gratiam hæredum. Sed judicavit Curia suprema, 16 jul. 1838, non idem dicendum de testamento, et posse legari nudam proprietatem, reservato in gratiam alicujus usufructu.

4. Ex art. 3 ejusdem edicti, non datur approbatio ullius legati, nisi prius hæredes testatoris vocati fuerint extrajudicialiter. Agnoscit tamen ipsum Gubernium non esse semper eorum oppositioni obtemperandum. Vid. *Journ. des Cons. de Fabr.*, t. vi, p. 33. Sed non constat semper in praxi observari principia speculative admissa.

5. Ex art. 5, quando postulatur approbatio, simul exhiberi debet status bonorum instituti (*l'état de l'actif et du passif, ainsi que des revenus et charges des établissements*).

6. Acceptatio fieri non potest nisi obtenta approbatione; si antea fieret, irrevocabilis non esset donatio. Id aperte sequitur ex discussione articuli 937 (vid. *Confér. du Code*, t. IV, p. 257, et MALEVILLE ad eum articulum), et agnoscunt jurisperiti: DELVINCOURT, p. 262; GRENIER, n° 70; TOULLIER, n° 204; COIN-DELISLE, ad art. 937, n° 2, 3. Exinde oritur satis grave incommodum: cum enim nonnisi post plures saltem menses obtineatur approbatio, si interim donator moriatur, corrumpitur donatio, quia hic applicantur principia generalia, ex quibus, ut vidimus, acceptatio fieri debet necessario vivente donatore (*Journ. cit.*, t. VI, p. 313). Ut huic incommodo remedium afferretur, sic statuit art. 48 legis 18 jul. 1837: « Le maire peut « toujours, à titre conservatoire, accepter les dons et legs « faits aux communes et établissements communaux, en « vertu de la délibération du conseil municipal; l'ordon- « nance du roi, ou l'arrêté du préfet, qui intervient en- « suite, a effet du jour de cette acceptation. » *Ibid.*, p. 314, 315. Illa acceptatio fieri debet per actum authenticum, ad sensum articuli 932. *Ibid.*, p. 316. Hoc autem posito, irrevocabilis evadit donatio ex parte donatoris: unde licet moreretur ante approbationem legalem, non ideo corrumpitur donatio, quia approbatio illa retrahitur ad diem acceptationis. *Ibid.*, p. 315. Neque nova requiritur acceptatio post approbationem. *Ibid.*, p. 317, 318. Sed nihil simile statutum fuit quoad instituta ecclesiastica<sup>4</sup>, vel religiosa;

<sup>4</sup> Agnoscit VUILLEFROI in opere mox citando, p. 293, omnino æquum fore (*il y auroit toute convenance*) ut idem admitteretur, aut statueretur quoad instituta ecclesiastica: quamvis multum absit quin his institutis nimium faveat.

unde non potest ante approbationem fieri acceptatio, etiam provisoria; sicque quoad illa subsistit incommodum mox indicatum; cui aliud non suppetit remedium, quam ut diligentia adhibeatur quam maxima ad obtinendam approbationem. *Ibid.*, p. 318. Cæterum non adest idem incommodum, quando agitur de testamentis.

7. Semel obtenta approbatione, determinat art. 2 edicti 2 januar. 1817 ad quosnam pertineat acceptare dona et legata facta variis institutis; seu quinam nomine administratorum designari censeantur art. 937 codicis Civilis.

Cæterum de his omnibus, quæ sigillatim explicare ad scopum nostrum non attinet, vid. D. AFFRE, *Administrat. tempor. des Paroiss.*, p. 258 et seq.; VUILLEFROI, *Administrat. du Culte cathol.*, vº *Dons et legs*.

549. III. *Quandonam fieri debeat acceptatio.* Potest fieri, etiam post donationem, ex art. 932. Sed requiritur 1º. ut adhuc vivat donator, prout jam satis exposuimus. 2º. Ut vivat donatarius, si acceptatio fiat per procuratorem; quia mandatum expirat morte mandantis. 3º. Ut donator non revocaverit: ante acceptationem, imo ante notificationem acceptationis sensu jam exposito (nº 542), donatio est merum propositum; posita ergo revocatione, corrumpitur donatio, et quidem etiamsi revocatio nondum donatario innoverit. Vid. TOULLIER, nº 208 et seq.

550. IIIº. DE INDICE ÆSTIMATORIO. Quando agitur de bonis mobilibus, actus donationis non valet nisi quoad objecta quorum index æstimatorius, subscriptus a donatore et donatario, adnectitur actui: art. 948. Ita præscribitur, non solum ut reduci possit donatio si excedat portionem disponibilem, sed præsertim ne donator possit donationem minuere<sup>1</sup>. Ex art. 15 edicti an. 1731 excipiebatur casus

<sup>1</sup> Juxta COIN-DELISLE, ad art. 948, nº 1 et seq., hæc præscriptio legis orta est ex eo quod ab initio donatio haberetur ut contractus

traditionis realis, idemque statutum fuerat in prima redactione Codicis : sed in discussione sublata fuit illa exceptio, ut refert MALEVILLE, ad hunc articulum; unde sequi videtur requiri illum indicem quotiescumque donatio fit per actum. Attamen observat DURANTON, n° 406, et, ut videtur, satis merito, traditionem ipsam esse donationis instar, prout infra videbimus (n° 553), et debere proinde eundem saltem effectum producere, ac si nullus præcessisset actus. Vid. etiam VAZEILLE, ad art. 948, n° 8. Quidquid sit, supponit art. 868 aliquando fieri donationem sine illo indice æstimatorio. Juxta DELVINCOURT, p. 254, intelligi potest ille articulus vel de donatione quæ fuit irrita præcise ex defectu indicis; vel de donatione manuali quæ facta est sine ullo actu. Eum intelligit GRENIER, t. II, n° 435, de donatione bonorum præsentium simul et futurorum, quæ permittitur in contractu matrimonii, art. 1084, 1085 : docet enim, et idem admittit DURANTON, n° 411, in ea non requiri indicem æstimatorium, etiam bonorum mobilium præsentium.

Non exigitur ut ille index fiat coram notario : sufficit subscriptio donatoris et donatarii. In hoc consentiunt jurisperiti.

Cæterum si desit index æstimatorius, vel si omnia objecta non comprehendat, hæc omissio effectum non producit nisi quoad objecta omissa, nec impedit quin donatio vim habeat quoad cætera. Ita COIN-DELISLE, ad art. 948, n° 20. Ille autem effectus non est vera nullitas, sed mera denegatio actionis. Ita ferebat satis aperte art. 15 edicti anni 1731; nec aliud intendit novus legislator : cum hodie donatio perfecta sit ante traditionem, index qui ad eam splendendam inductus est, non pertinet ad ipsam substantiam donationis. *Ibid.*, n° 3, 21.

realis, qui scilicet perfectus non erat nisi per traditionem; et postea judicatum est hanc suppleri posse per indicem illum, qui est quasi traditio ficta.

551. IV°. DE TRANSCRIPTIONE. Ut exponantur quæ spectant ad hanc formam, quæ non paucis discussionibus locum dedit, res est altius repetenda.

Imperator CONSTANTINUS præceperat, l. 25 et 27, *Cod.*, VIII, LIV, *de Donationibus*, ut donationes in acta publica referrentur. Imperator JUSTINIANUS ab ea lege excepit donationes quæ non attingerent quingentos solidos, eas quæ fierent ad pias causas, et quasdam alias; l. 34 et 36, *ibid.* Quando donationes sic inter monumenta publica referebantur, (quod, juxta TOULLIER, t. VIII, n<sup>is</sup> 198, 199, non per meram transcriptionem, sed per ipsorum actuum originalium depositum fiebat), dicebantur *insinuari*, l. 30 et 31, *ibid.*, et actus referendi vocabatur *insinuatio*. Ratio exigendi hanc insinuationem hæc assignatur ab HEINECCIO, *Recitat.*, §. 460 et 462, ne donator ad mendicitatem redigatur, si nec finem, nec modum donandi faciat; et quia reipublicæ interest ne quis re sua male utatur, et profusio est potiusquam liberalitas id omne cui ratio non constat. Ad hanc rationem referuntur etiam quæ de insinuatione habentur apud veteres theologos, qui de ea loquuntur quando expendunt quantum quis donare possit, et supponunt scopum legis fuisse moderari donationes: vid. MOLINA, t. II, D. CCLXXVIII; LESSIUS, l. 2, c. 18, Dub. XIII; DE LUGO, D. XXIII, n° 149 et seq.; HAUNOLDUS, t. III, tr. IX, n° 151 et seq. Eamdem assignant canonistæ ad lib. III Decretalium, tit. XXIV, *de Donationibus*: vid. PIRHING, §. 2; SCHMALZGRUEBER, n° 43. At vero jurisperiti nostri aliud motivum assignant: lex, inquiunt, præcavere voluit ne deciperentur ii qui contraherent cum aliquo qui per donationes jam fortunam suam exhausisset; item, ne hæredes imprudenter acceptarent hæreditatem occultis donationibus jam exhaustam. Ita GRENIER, *Disc. histor.*, p. 17; TOULLIER, t. V, n° 232; FAVARD, *Répert. de la nouv. législat.*, v° *Donation*, sect. II,



§. II, t. II, p. 198; et antea POTHIER, *Donat. entre-vifs*, sect. II, art. III. Quidquid sit, donatio non insinuata habebatur pro irrita in eo quod superabat quingentos solidos: illa enim insinuatio habebatur ut omnino necessaria ad perfectionem intrinsecam donationis, et sine illa ne ipse quidem donator obligabatur. Ita post Cujacium, et plures alios, MERLIN, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Donation*, sect. VI, §. III, t. V, p. 161: idemque dicunt aut supponunt theologi et canonistæ citati; MOLINA, n<sup>is</sup> 26, 27; DE LUGO, n<sup>o</sup> 157; LESSIUS, n<sup>o</sup> 99; HAUNOLDUS, n<sup>o</sup> 162, PIRHING, *loc. cit.*, SCHMALZGRUEBER, n<sup>is</sup> 46, 47; qui omnes docent, asserentes hanc esse sententiam communem, donatorem posse in eo casu repetere, etiam in foro interno, quod superat quingentos solidos.

Si ad jus Gallicum deveniamus, primum præscripta fuit insinuatio per edictum an. 1539, art. 132: donatio non insinuata declarabatur irrita. Præter motiva mox allata, aliud indicat RICARD, part. I, n<sup>o</sup> 1084, quem citat GRENIER, t. I, p. 321: ut nempe metu publicitatis multi detererentur a donationibus propter turpem causam.

Inter auctores non constabat, an ea nullitas ab ipso donatore invocari posset: ea difficultas sublata est per art. 58 edicti Molinensis, an. 1566, ex quo pro certo habitum fuit nullitatem non posse invocari ab ipso donatore, bene vero ab illius hæredibus, et ab omnibus aliis quorum interesset. Ratio discriminis est, quod donator non possit ignorare donationem, dum ignorari potest ab ejus hæredibus; et aliunde nemo audiri debet allegans propriam turpitudinem. Vid. RICARD, part. I, n<sup>o</sup> 1231 et seq., p. 276, et n<sup>o</sup> 945, p. 211; GRENIER, n<sup>o</sup> 167, p. 321. Tandem edictum an. 1731 statuit, art. 19, donationes factas per contractum matrimonii in linea directa non subjiciendas esse insinuationi, sed omnes alias insinuandas fore sub pœna nullitatis (art. 20): solummodo declara-

tur, art. 21 et 22, nullitatem non habituram esse locum quoad quasdam donationes matrimoniales in nonnullis provinciis receptas, nec quoad donationes rerum mobilium, quando sequetur traditio realis, vel non excedent summam mille librarum semel solutam; unde istæ donationes insinuari quidem debebant, sed non sub pœna nullitatis. Demum art. 27 statuit nullitatem opponi posse « tant par  
« les tiers-acquéreurs et créanciers du donateur, que par  
« ses héritiers, donataires postérieurs, ou légataires, et  
« généralement par tous ceux qui y auront intérêt, autres  
« néanmoins que le donateur. »

Denique sub jure novo, hæc fuit legum series. Lex 11 brumaire an VII (1 nov. 1798) statuit, art. 26, quemlibet actum translativum proprietatis vim non habiturum erga tertium (*à l'égard des tiers*) nisi transcriberetur apud conservatorem hypothecarum; sed non ideo sustulit necessitatem insinuationis : unde donationes subijciebantur duplici formæ. Defectus autem insinuationis opponi poterat etiam ab hæredibus donatoris, non vero defectus transcriptionis. Vid. MERLIN, *loc. cit.*, p. 162; TOULLIER, t. v, n° 234. In eo rerum statu, promulgatus est codex Civilis. Cum prorsus sileat de insinuatione, eo ipso eam abrogavit, ut agnoscunt omnes jurisperiti. Sed art. 939 præscribit, ut, quando fit donatio bonorum hypothecis subjectorum (*susceptibles d'hypothèque*), actus donationis, acceptationis et notificationis, transcribantur apud conservatorem hypothecarum : articulus vero 941 statuit defectum transcriptionis opponi posse ab iis omnibus quorum interest, exceptis tamen iis ad quos spectat curare ut fiat transcriptio vel eorum causam habentibus, et donatore. Porro exinde ortæ sunt controversiæ inter jurisperitos.

Juxta quosdam, transcriptio subrogata fuit insinuationi, habet eundem scopum, eundemque effectum : illius ergo defectus producit nullitatem, quæ opponi potest ab om-

nibus quorum interest, et qui non excipiuntur per legem, ac proinde ab hæredibus donatoris et ab illius donatariis, non minus quam ab ejus creditoribus, vel ab iis qui acquisierunt titulo oneroso. Unde, in ea sententia, donatio ante transcriptionem est quidem irrevocabilis inter donatorem et donatarium, sed non erga alios : proindeque si res uni donata transferatur ad alium qui prius transcriptionem obtineat, isti adjudicanda erit. Ita MALEVILLE, ad art. 941 et 1072; idem fuse propugnavit GRENIER, edit. 1, in dissertatione quam in 2 edit. retinuit, n° 167, p. 323 et seq.

Juxta alios, effectus transcriptionis respectum habet tantum ad hypothecas. Scilicet quando actum est de transcriptione, nondum determinatum erat quodnam systema admittendum foret circa hypothecas : et ex discussione articuli 939 et seq. (*Confér. du Code*, t. IV, p. 258 et seq.) satis manifestum est eam esse rationem cur non magis expresse declaratum fuerit an ex defectu transcriptionis oritura esset nullitas. Ergo recurrendum est ad titulum *de Hypothecis*. Porro ex art. 2181 et seq., effectus transcriptionis est ut novus proprietarius obtinere possit purgationem hypothecarum, servatis iis quæ statuuntur tum in his articulis, tum in art. 834 codicis Judicialis. Plures ex illis articulis loquuntur de donationibus, sicut de venditionibus, nec ullum sub eo respectu discrimen ponunt inter utrasque. Igitur defectus transcriptionis non efficit donationem irritam, et ei applicari nequit, prout pluries judicavit Curia suprema, quod olim dicebatur de insinuatione. Hinc nec ipsi creditores donatoris, nec ii qui ab ipso rem jam donatam emissent, possent opponere defectum transcriptionis : quod optime concordat cum principiis juris; cum enim ex art. 938 donator transtulerit dominium etiam ante traditionem, non potest postea alteri transferre. Ita fuse evolvit TOULLIER, t. V, n° 235 et

seq., a cujus opinione non videtur alienus VAZEILLE, ad art. 941, n° 1.

Inter has duas extreme oppositas opiniones, medium tenet doctrina fere omnium auctorum, per jurisprudentiam satis constantem sancita : nempe donationem per se perfectam inter donatorem et illius causam habentes ex una parte, et donatarium ex altera, non posse opponi, si desit transcriptio, iis (*aux tiers*) qui jus acquisierunt in objecta donata. Sed de pluribus adhuc disputant, an scilicet inter causam habentes donatoris recensendi sint, an vero haberi debeant ut *tertii* (*des tiers*). Præcipua puncta indicare satis erit.

Itaque 1°. non videtur restringi posse effectus transcriptionis ad purgationem hypothecarum, ad sensum doctrinæ quam propugnat Toullier. Hanc doctrinam inadmissibilem pronuntiat GRENIER, n° 168 bis, *Supplém.*, p. 69, atque se eam confutasse in *Tr. de Hypothecis*, t. II, n° 167, p. 140; eam rejiciunt TROPLONG, *Hypothèq.*, t. IV, n° 904, COIN-DELISLE, ad art. 939, n° 7, et alii communiter. Huic adversatur etiam jurisprudentia Curiae supremæ et aliorum tribunalium, ut agnoscit ipse VAZEILLE, p. 269. Et revera vix potest art. 941 in eo sensu explicari. Defectus ergo transcriptionis opponi potest etiam in ordine ad transmissionem dominii.

2°. Ad *creditores donatoris* præsertim pertinet jus opponendi defectum transcriptionis : id ab omnibus admissum videtur. Quidam illud restringunt ad creditores hypothecarios; sed communius extendunt etiam ad *chirographarios*. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 272; DURANTON, n° 517. Reipsa satis inutilis fuisset art. 941, si ad creditores hypothecarios restringendus esset. Hæc tamen nimis generalia reputat, et pluribus distinctionibus subjicienda judicat COIN-DELISLE, ad art. 941, n° 5, et seq.

3°. Quoad eos qui a donatore *acquisierunt titulo oneroso*, satis receptum videtur eos posse opponere defectum transcriptionis, et quidem etiamsi donationem cognoscerent. Ita judicavit Curia suprema, cujus judicium refert et approbat FAVARD, *loc. cit.*, n° II, p. 198 et seq. Ita DELVINCOURT, *ibid.*, et p. 268; DURANTON, n° 513, 514, ubi doctrinam contrariam omnino rejicit (*cette étrange doctrine*); COIN-DELISLE, n° 3, asserens hanc esse opinionem communem auctorum.

4°. De iis qui a donatore *acquisierunt titulo gratuito* major adest controversia : supponitur donationem posteriorem fuisse transcriptam ante priorem. Eos posse opponere defectum transcriptionis admittunt DELVINCOURT, *ibid.*; DURANTON, n° 515. Negant alii, post tribunum JAUBERT (*Code et Motifs*, t. IV, p. 344); et ita judicandum verisimiliter fore existimat GRENIER, p. 342, quia donarii habendi sunt ut causam habentes donatoris.

5°. Existimat DURANTON, n° 516, defectum transcriptionis non posse opponi a *legatariis*, id est, ab iis quibus donator legavit rem jam alteri donatam. Etenim donator se obligavit valide erga donatarium, qui proinde factus est creditor hæreditatis : porro ex hæreditate prius solvendum est creditoribus quam legatariis.

6°. Quoad *hæredes* donatoris, propugnaverat Grenier, ut diximus, eos posse opponere defectum transcriptionis. Sed contrarium fuse adstruit MERLIN, *loc. cit.*, cujus opinionem secuta est Curia suprema; item DELVINCOURT, p. 269 et seq.; DURANTON, n° 518, asserens hanc esse opinionem plerorumque Codicis interpretum; ad quam rediit ipse Grenier; COIN-DELISLE, n° 15 : asserit POUJOL, ad art. 941, n° 6, fixam esse hodie ea de re jurisprudentiam. Hæredes unicam personam efficere censentur cum suo auctore, nec plus juris quam ipse habere possunt. Addit tamen DELVINCOURT, p. 270, si hæres passus sit aliquod



damnum eo quod donationem ignoraverit, v. g., quia acceptavit hæreditatem quam alioquin repudiasset, ipsum habere recursum contra donatarium qui neglexit transcriptionem, et qui debet reparare effectum suæ negligentiae, juxta art. 1383. Verum aliter sentit DURANTON, n° 519, quem sequuntur POUJOL, n° 9, et COIN-DELISLE, n° 16 : quia donatarius, modo non admiserit dolum, culpabilis non est; non enim tenebatur monere statim hæredem, quemadmodum obligatus non fuisset, si donatio pro objecto habuisset summam pecuniæ, vel aliam rem transcriptionis non capacem.

7°. Tandem ex art. 941, defectus transcriptionis non potest opponi ab iis quibus incumbibat cura faciendæ transcriptionis, vel ab eorum causam habentibus. Sic si tutor acquisierit bona donata suo pupillo, vel maritus bona donata suæ uxori, non poterunt opponere defectum transcriptionis : item nec eorum causam habentes; quo nomine intelligendos esse etiam eos qui ab illis acquisierunt titulo oneroso judicavit Curia suprema. Sed ex illo judicio nihil concludi potest contra eos qui acquisierunt, titulo oneroso, ab eo cui non incumbibat cura transcriptionis; prout concludere videtur *Journ. des Fabriq.*, t. VI, p. 246.

Ex his omnibus intelligitur nullitatem deductam ex defectu transcriptionis non esse nisi relativam, et multum differre tum a pluribus nullitatibus formæ quas mox exposuimus, tum a nullitate quæ olim oriebatur ex defectu insinuationis, præsertim qualis admittebatur sub jure Romano, ex quo, ut diximus, insinuatio habebatur tanquam pertinens ad ipsam substantiam intrinsecam donationis.

PUNCT. 2. *Utrum omnes omnino donationes subjiciantur formis modo expositis.*

552. Hactenus exposuimus formam quæ præscribitur regulariter in donatione servanda : videndum superest an

regulæ generali dentur quædam exceptiones; seu an adsint quædam donationum species, quæ valere possint, etiam in foro externo, non servatis formis modo expositis. De quatuor speciebus loquemur : 1°. de donationibus manualibus; 2°. de donationibus indirectis; 3°. de donationibus remuneratoriis; 4°. de donationibus onerosis.

553. I°. *De donationibus MANUALIBUS.* Donatio manualis dicitur donatio rerum corporearum, v. g., vestis, gemmæ, summæ pecuniariæ, etc., quæ fit absque ullo actu, per solam traditionem de manu ad manum a donatore ad donatarium. Quando autem expenditur an valeat hujusmodi donatio, supponitur fieri a persona habili ad donandum, in gratiam personæ habilis ad recipiendum, et non excedere portionem disponibilem; supponitur etiam non fieri in fraudem creditorum, quia semper valet axioma juris, *Nemo liberalis, nisi liberatus* : uno verbo, expenditur tantum sub ratione formæ.

Porro inconcussa est hujusmodi donationum validitas. 1°. Sub jure veteri, ante edictum an. 1731, nullum dubium movebatur. Vid. RICARD, part. 1, n° 890 et seq., ubi affert judicium senatus Parisiensis, quoad donationem factam a celebri Amyot, episcopo Autissiodorensi, ad ædificandum hujus urbis collegium. 2°. Post edictum an. 1731, cujus art. 1 sic ferebat : « Tous actes portant « donation entre-vifs, seront passés par-devant notaires; « et il en restera minute, à peine de nullité, » difficultas exoriri potuit. Attamen pro certo adhuc habitum est valere donationes manuales. Ut enim explicando illum articulum observabant FURGOLÉ, p. 6, et BOUTARRIC, p. 7, ille articulus non dicit *Omnes donationes*, sed *Omnes actus* donationum; ac proinde non attingit donationes manuales, quæ fiunt sine actu. Et ipse d'AGUESSEAU sic respondebat ad observationes senatus Burdigalensis, lettr. 290, t. ix, p. 361 : « A l'égard du cas d'un

« don qui se consommeroît sans acte par la tradition réelle  
 « d'un meuble ou d'une somme modique, l'art. 1 de l'Or-  
 « donnance nouvelle ne parlant que des *actes portant do-*  
 « *nation*, n'a point d'application à ce cas qui n'a besoin  
 « d'aucune loi. » Hinc, ut refert MERLIN, *Quest. de*  
*Droit*, v<sup>o</sup> *Donation*, §. VI, n<sup>o</sup> I, t. III, p. 446, ita judi-  
 cabant varia tribunalia, et docebant auctores, quorum non-  
 nulli, apud CHABOT, *Quest. transit.*, v<sup>o</sup> *Dons manuels*,  
 t. I, p. 269, 270, ea occasione afferunt axioma : *In mo-*  
*bilibus possessio æquivalet titulo*. Talis donatio in quibus-  
 dam provinciis vocabatur *de main chaude*. 3<sup>o</sup>. Sub jure  
 novo, art. 931, et art. 948 qui respicit donationem mobi-  
 lium, loquuntur etiam tantum de *actu donationis* : id ob-  
 servabat tribunus JAUBERT (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 345),  
 addens : « Le projet ne parle pas des dons manuels, et ce  
 « n'est pas sans motifs. Les dons manuels ne sont suscep-  
 « tibles d'aucune forme. Il n'y a là d'autre règle que la  
 « tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport dans  
 « les cas de droit. » Idem colligi potest ex discussione ar-  
 ticuli 948 (*Confér. du Code*, t. IV, p. 275). Hinc validi-  
 tatem donationum manualium admittunt omnes jurisperiti :  
 MALEVILLE, ad art. 931 ; DELVINCOURT, p. 253 ; CHABOT,  
*loc. cit.* ; MERLIN, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Donation*, sect. II, §. VII,  
 n<sup>o</sup> II, t. V, p. 109 ; GRENIER, n<sup>o</sup> 176 ; TOULLIER, n<sup>is</sup> 172,  
 177 ; GUILHON, n<sup>o</sup> 441 ; FAVARD, v<sup>o</sup> *Don manuel*, n<sup>o</sup> I, t. II,  
 p. 204 ; DURANTON, n<sup>o</sup> 388 ; COIN-DELISLE, ad art. 893,  
 n<sup>o</sup> 12 : et plura proferuntur tribunalium judicia in eodem  
 sensu. Nituntur tum verbis quibus exprimuntur art. 931 et  
 948, tum art. 2279, quo statuitur possessionem æquivalere  
 titulo. 4<sup>o</sup>. Facile ostendi potest gravissimas adfuisse ratio-  
 nes cur ita legislatores statuerent. 1. Occurrunt omnes  
 rationes quibus nititur art. 2279, quæ nempe deducun-  
 tur ex securitate et velocitate commercii. 2. His donatio-

nibus non applicatur præcipuum motivum quo motus est legislator ad præscribendam donationum solemnitatem, nempe ut essent irrevocabiles; tales enim fiunt hujusmodi donationes per solam traditionem rei donatæ. 3. Si possibilitas donationum manualium sua habeat incommoda, quia exinde facile eludi possunt leges circa reservationem, etc., longe majora adhuc orirentur incommoda, ut observat Guillhon, si tales donationes absolute prohiberentur; magnum enim damnum exinde pateretur pax familiarum, et facilitas commercii.

Observandum est autem, quamvis d'Aguesseau in textu allato loquatur tantum de summa modica, non inde concludi posse aliud dicendum esse de summa magni momenti, aut de re magni valoris. Ut observat *Nouveau DENIZART*, v° *Donat. entre-vifs*, §. XII, n° 4, t. VII, p. 59, quem citat et sequitur *HUTTEAU*, *Donations de Pothier*, t. I, p. 201, ideo loquitur d'Aguesseau de summis modicis, quia hic est casus magis ordinarius: sed si quando fiat donatio magni valoris, applicantur eadem rationes, ac proinde admittenda eadem decisio. Addi potest in isto casu forsitan metuendum ne excedatur portio disponibilis: sed secluso illo metu, cum lex nullatenus distinguat, non posset sine incohærentia admitti donatio modici valoris, et rejici donatio valoris majoris, prout observat *GUILHON*, *loc. cit.*

554. Sed determinandum superest quousque extendenda sit ea decisio: de quo fixam non esse jurisprudentiam testatur *VAZEILLE*, ad art. 931, n° 3.

I. Si agatur de bonis mobilibus *incorporeis*, v. g., de creditis, de censibus (*des créances, des rentes*, etc.), in quibus locum non habet possessio proprie dicta, nec proinde traditio, satis patet in his non posse directe locum habere donationem manualement. Sed quæstio est, an locum habere possit per traditionem titulorum, seu chirographo-

rum (*des titres, des billets, etc.*). Illud pendet ex diversa horum titulorum natura.

1°. Si creditor ipse debitori donet quod iste debet per traditionem chirographi, satis constat valere illam donationem seu remissionem, etiam absque ulla solemnitate. Ita enim statuitur art. 1282 et 1283, prout jam in prima parte exposuimus (n° 424).

2°. Si agatur de chirographis quæ dicuntur *au porteur*, satis etiam certum est posse transmitti per donationem manualement. Tunc enim titulus quid unum efficit cum ipso jure seu credito, ac proinde sola traditio tituli satis ostendit traditionem ipsius juris : tituli ejusmodi pecuniæ instar habentur, et eodem modo de manu ad manum transmittuntur. Ita judicavit Curia suprema, et admittunt jurisperiti : GRENIER, n° 179 *bis*, *Supplém.*, p. 72 ; VAZEILLE, n° 5 : item *Theolog. Tolosan.*, p. 326.

3°. Quando agitur de chirographis quæ possunt transmitti per modum qui dicitur *endossement*, si modus ille regulariter adhibeatur, cum ex art. 136 codicis Commercialis sit via transmittendi dominium, sufficit hujus traditio ad donationem manualement validam. Quamvis exigat art. 137 ejusdem Codicis ut exprimatur valor receptus (*valeur fournie*), judicavit curia Parisiensis valere transmissionem in qua dicitur *pour don* : et si diceretur *valeur reçue*, quamvis re ipsa receptus non fuisset, non ideo irrita esset donatio. Vid. DELVINCOURT, p. 253 ; VAZEILLE, n° 8 ; FAVARD, n° 1, p. 207.

Verum si servata non fuerint ea quæ præscribuntur eodem art. 137, sed apposita fuerit tantum subscriptio creditoris (quod dicitur *un endossement en blanc*), major adest difficultas. Judicaverunt quædam tribunalia, et ipsa Curia suprema, quorum judicium in hac parte approbant DELVINCOURT, p. 253, et DURANTON, n° 392, « Que l'en-  
« dossement des billets à ordre, quoique fait en blanc, en



« transmet la propriété au porteur, sauf l'exception naturelle et nécessaire des cas de faillite, et d'héritier à réserve. » Addunt judicia recentiora Curiae supremæ, et curiæ Parisiensis, « Que ces effets (endossés en blanc) se trouvent dans les mêmes conditions que des effets au porteur, et sont transmissibles de la même manière, c'est-à-dire par simple tradition manuelle. » (*Journ. des Cons. de Fabriq.*, t. VI, p. 336 et seq.). Attamen aliter sentiunt plures jurisperiti : MERLIN, *Quest. de Droit*, v<sup>o</sup> *Donation*, §. VI, n<sup>o</sup> III, t. III, p. 451 ; FAVARD, n<sup>o</sup> 1, p. 207 ; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 9. Ex art. 138 codicis Commerciali, transmissio chirographi destituta formis præscriptis art. 137 non transfert dominium, sed est merum mandatum ; hæc dispositio est omnino generalis, et ad bonum publicum refert ut vim habeat etiam ex parte transmissoris (*de l'endosseur*) vel ejus hæredum, ne mandatarius cui traditum est chirographum, vel ille ad cujus manus devenit, possint eo abuti : ergo dici nequit per meram traditionem transferri dominium. Illud extra dubium sibi videri ait Favard, et assertionem contrariam pro gravi errore habet Merlin. — Inter hæc, quamvis satis apertus sit articulus ille 138, non videtur tamen sufficere ad solvendam quæstionem. Cum enim receptum sit necessarium non esse ut ea quæ exigit art. 137 conscripta fuerint ab ipso transmissore, sed conscribi possint ab eo qui recepit (*le porteur*) (vid. PARDESSUS, *Droit commercial*, t. II, n<sup>o</sup> 346), nihil isti reipsa deest quando præ manibus habet chirographum subscriptum : si præsertim ipse alteri transtulerit, dici potest priorem transmissionem compleri et perfici quando in usum deducitur (vid. *Journ. cit.*, t. IX, p. 87). Si tamen probaret subscriptor, non titulo donationis, sed titulo mandati traditum fuisse chirographum, jus suum ipsi tribuendum esset : hinc in variis casibus qui apud tribunalia occurrerunt, pro certo tenebatur chirographa tradita fuisse

animo donandi; ita judicaverant priora tribunalia, et de hujusmodi facto pronuntiandum non habet Curia suprema, quæ de quæstionibus juris tantum judicat.

4°. Si sermonem habeamus de chirographis quæ transmitti non possunt *par endossement*, non possunt transferri per donationem manualement, sed requiritur ut adhibeantur solemnitates necessariae vel ad donationis validitatem, vel ad cessionem legitimam creditorum quæ in illis continentur. Etenim traditio tituli non includit in eo casu traditionem ipsius juris, nec possessio unius est possessio alterius, cum hæc sint duo distincta. Frustra objiceretur possessorum tituli posse per hujus traditionem liberare debitorem, juxta art. 1282 et 1283 : hi enim articuli non applicantur nisi quando ipse creditor titulum tradit debitori. Ita GRENIER, n° 179 *bis*, *Supplém.*, p. 71, 72; DELVINCOURT, p. 253; GUILHON, n° 451; TOULLIER, n° 179; DURANTON, n° 396; *Theol. Tolosan.*, p. 327 : in eo sensu judicavit Curia suprema, prout referunt illi auctores; illudque generaliter jam admittitur, juxta Diarium citatum (*Journ. des Cons. de Fabriq.*, t. IX, p. 86, 87, 88).

555. II. Si agatur de donatione manuali *conditionata*, difficultas exoriri potest. Non raro evenit ut ægrotus rem alicui tradat, ea conditione ut eam retineat, si ex isto morbo non convalescat, vel si ante mortem suam non repetat. Nobis videtur distinguendum esse. Vel donator sibi absolute reservat facultatem donationem illam revocandi, vel tantum in casu quo ex hoc morbo convalescat.

I°. Si donatio sit *irrevocabilis*, excepto casu quo ægrotus e morbo convalescat, satis certum videtur eam esse validam. Ratio dubitandi oriri posset tantum ex eo quod illa donatio habenda esset ut donatio in causa mortis, quæ proinde necessario requireret formas testamentorum. Revera ita sentiebat D. RICHARD sub jure veteri : tum quia ut donationes in causa mortis habendæ sunt quæcumque

fiunt in extremo morbo; tum quia, cum hujusmodi donatio facta sit sub conditione per mortem donatoris implenda, nonnisi post mortem effectum suum producit. Idem sentiunt hodie GRENIER, n<sup>is</sup> 10 et 177, TOULLIER, n<sup>o</sup> 274, quia nempe talis donator se præfert donatario, et istum præfert tantum suis hæredibus: quod est signum et character donationis in causa mortis. Ita etiam D. RECEVEUR, p. 192. Sed hoc præsertim strenue propugnat COIN-DELISLE, ad art. 951, n<sup>o</sup> 30 et seq. Juxta eum, art. 944 statuit quidem irritam esse donationem sub conditione potestativa, sed non ideo statuit hanc esse solam conditionem quæ irritet. Inquirendum ergo utrum talis sit ea de qua nunc agimus. Porro talis erit, si donationem efficiat in causa mortis, cum hæc art. 893 prohibeatur (vid. n<sup>o</sup> 495). Atqui vere efficitur ex præfata conditione donatio in causa mortis. Hæc enim dignosci debet præcise ex eo quod donator se præferat donatario, et donatarium suis hæredibus, non vero ex revocabilitate, quæ est effectus, non causa. Non enim prohibita sunt donationes in causa mortis propter revocabilitatem, sed *odio suggestionum*, ut ait Molinæus, quia nempe in donatione ad quam concurrat donatarius non assecuratur integra donatoris voluntas quemadmodum in testamento quod soli testatori tribuendum est. Idem confirmat ex art. 951, ex quo donator potest statuere ut res donata ad se revertatur, si præmoriatur donatarius (vid. n<sup>o</sup> 607): hæc est conditio resolutoria, quæ impleri nequit nisi vivente donatore et in ipsius gratiam. Porro si generatim liberum esset donatori hujusmodi condiciones apponere, inutile fuisset eam de qua hic agitur speciatim permittere. Ergo satis ostendit ille articulus hujusmodi condiciones generatim repugnare donationi.

Attamen agnoscit postremus iste auctor, n<sup>o</sup> 30, plerosque jurisperitos recentiores stare pro validitate donationis de qua agimus. Istaque opinio his fulciri potest.

1°. Hodie apud omnes jurisperitos constat, etiam in extremis fieri posse donationem inter vivos, modo omnia serventur quæ ad illam requiruntur; id pro certo asserit ipse COIN-DELISLE, ad art. 894, n° 34 : ac proinde nihil ad quæstionis solutionem interest quod donatio facta sit in extremo morbo. 2°. Optime dici potest, imo dicendum est cum plerisque auctoribus, conditionem hic appositam non esse suspensivam, sed resolutoriam; unde corrui objectio quæ desumeretur ex eo quod donatio perfecta non fieret per eventum conditionis nisi post mortem donatoris, ac proinde tempore quo est incapax donandi : quo argumento utebatur D. Richard. 3°. Quod donator seipsum anteponat donatario, pertinet ad effectus donationis in causa mortis, sed non præcise illam constituit. Etenim, quidquid sit de variis rationibus discriminis quæ ex jure Romano afferebantur inter donationem inter vivos et donationem in causa mortis, satis certum videtur, et a jurisperitis communiter admissum, præcipuam et essentialem apud nos desumendam esse ex revocabilitate vel irrevocabilitate : ita DOMAT, l. I, tit. X, p. 103; POTHIER, *Donations*, sect. II, art. II, §. II; FURGOLÉ, t. I, p. 8; et hodie Merlin, *Toulhier*, etc. : nec contrarium satis evincunt ea quæ mox attulimus. Porro in nostro casu fit donatio vere irrevocabilis. Nam ut talis habenda est donatio, cujus revocabilitas locum habere nequit nisi sub conditione quæ a voluntate donatoris non pendet : atqui profecto a voluntate donatoris non pendet ut a tali morbo convalescat. Nihil ergo deest ut adsit donatio inter vivos, ac proinde ut applicentur quæ dicta sunt (n° 553). Ita DELVINCOURT, p. 273; DURANTON, n° 478; VAZEILLE, ad art. 944, n° 7; ROGRON, ad art. 944; D. GOUSSET, *Theol. morale*, t. I, n° 797, p. 380.

Cæterum si valida dicatur donatio in casu mox expendendo, facile intelligitur nullam esse posse difficultatem pro casu præsentis.

2°. Si donator *absolute sibi reservet facultatem revocandi*, major adest difficultas : tunc enim, ex modo dictis, est donatio in causa mortis. Porro esto quod ex art. 893 censi non possit absolute e jure nostro sublata hujusmodi donatio, prout antea exposuimus (n° 493), attamen primo intuitu videretur articulum illum id saltem efficere ut donationes in causa mortis vim non habeant nisi quatenus fuerint in forma testamenti, ac proinde validam haberi non posse donationem de qua loquimur, utpote tali forma destitutam : et reipsa ita docet LOGEROT, p. 57. Attamen existimant MERLIN, *Quest. de Droit, loc. cit.*, n° IV, p. 450, cui omnino adhæret FAVARD, n° IV, p. 210, DELVINCOURT, p. 254, GUILHON, n° 453, RENOARD, *Tr. des Droits d'auteurs*, t. II, n° 167, p. 291, *Journ des Cons. de fabriq.*, t. X, p. 155, *Theolog. Tolosan.*, p. 327, D. GOTSSET, *ibid.*, quibus libenter assentimur, valere hujusmodi donationes, quando agitur de bonis mobilibus quorum traditio facta fuit. 1°. Quia ex nullo Codicis articulo satis efficaciter probari potest invaliditas. Non ex art. 893 ; si enim non obstat validitati donationis manualis inter vivos, nulla est ratio cur obstaret validitati similis donationis in causa mortis. Quemadmodum art. 931 non loquitur de donationibus quæ fiunt absque actu seu instrumento, ita nec art. 967 loquitur de dispositionibus ultimæ voluntatis quæ fierent absque testamento et quæ statim executioni mandari possent. 2°. Ex motivo legis. Præcipua ratio cur valeat donatio manualis inter vivos desumitur ex art. 2279 : porro ille articulus eodem modo applicandus est donationi in causa mortis : imo, ait Merlin, et post eum Favard, videtur applicandus a fortiori, quia minores exigendæ sunt cautiones ad validandum actum revocabilem, quam actum irrevocabilem. Et revera, ait Delvincourt, ideo exigitur sollemnis actus ut locus esse possit actioni seu petitioni donatarii aut legatarii : porro hic nulla opus est actione,



cum donatarius jam rem detineat. 3°. Tandem, ait Merlin, « Le mot de M. d'Aguesseau est aussi décisif que général : *Le cas de la tradition réelle n'a besoin d'aucune loi.* »

Ex his intelligitur eo reduci doctrinam nostram, quod valeat donatio manualis, sive inter vivos, sive in causa mortis. Quamvis enim dicat COIN-DELISLE, ad art. 893, n° 12, *Note*, prohibitionem faciendi donationem in causa mortis per actum formalem, obstare a fortiori ne fiat de manu ad manum, legitima non videtur consecutio, etiam admissio principio : idque deduci potest per analogiam ex iis quæ statuuntur circa donationes inter vivos.

556. III. Difficultas aliquando exoriri potest ad determinandum *qualis traditio* requiratur ut valeat donatio absque ulla solemnitate. Scilicet docent omnes jurisperiti, ut bene exponitur in Diario jam citato (*Journ. des Cons. de Fabriq.*, t. VI, p. 85 et seq.), validam non esse donationem manualement, nisi mediante traditione rei donatæ : id facile colligi potest ex notionibus allatis. Necesse est igitur ut voluntati manifestatæ rem donandi, accedat rei ipsius traditio. Non requiritur ut ea traditio statim fiat ; fieri potest postea : sed quamdiu facta non est, dominium rei remanet penes donatorem, et si interim eam donaret et traderet alteri, dubium non est quin isti posteriori donatario adjudicaretur. Donatio proinde non perficitur, nisi quando cum voluntate donandi concurrat traditio.

Hoc principio posito, de duobus præsertim casibus moveri potest quæstio.

1°. Si res jam sit in possessione donatarii, v. g., titulo locationis, depositi, etc., sufficit ut donator declaret se eam illi donare : tunc enim statim concurrunt duæ conditiones requisitæ. Nunquam existimatum est requiri ut res reddatur primum donatori, qui eam denuo tradat donatario : circuitus ille esset aliquid puerile, nec unquam illum exegerunt auctores vel jurisprudentia. Nec opus erit ut do-

natarius directe probet factum donationis : ipso possessionis facto se tuctur, et si per probationem testium impugnetur, poterit eadem via se defendere, licet valor rei excederet 150 francos. *Ibid.*, p. 88.

2°. Si donator non ipse rem tradat donatario, sed *mandatario* eam curam committat, nulla adest difficultas, quando traditio locum habet vivente donatore : tunc enim concurrunt conditiones requisitæ. Sed si ante traditionem peractam moriatur donator, sive quia mandaverat ut reipsa nonnisi post mortem suam perageretur, prout sæpe evenit quando donatio fit ab ægroto, sive quia mandatarii negligentia, vel alia de causa, ita accidit, tunc solutio non est ita aperta. Judicaverunt quædam tribunalia, et ipsa Curia suprema, 12 decembr. 1815, valere etiam in eo casu donationem, quia adfuit vere traditio ex parte donatoris (*il y a eu dessaisissement*), et mandatarius dicendus est acceptasse pro donatario, cujus negotiorum gestor haberi debet. Judicium Curiae supremæ approbat FAVARD, n° 1, p. 207 ; illud etiam refert, nec improbat, GUILHON, n° 457, et post eum D. BOUVIER, p. 257, addens hinc evanescere innumeras difficultates sæpe occurrentes et confessarios non parum torquentes.

Verum existimamus sat graves superesse difficultates. Propugnant enim plures jurisperiti irritam esse donationem de qua agitur : ita MERLIN, *Quest. de Droit, loc. cit.*, p. 452 ; DURANTON, n° 393 ; et quidem sat validis rationibus. Nam ut perficiatur et valeat donatio, requiritur ut concurrat voluntas donatarii cum voluntate donatoris : atqui in præsentī casu non concurrit, cum donator mortuus sit ante acceptationem donatarii. Ex parte donatoris non fuit traditio, neque, ut dicitur, abdicatio (*dessaisissement*) ; dominium enim semper permansit apud donatorem, qui illud non vult amittere, nec revera amittit, nisi quando transfertur in donatarium : neque potuit traditionem facere

mandatarius, cujus mandatum cessat morte mandantis. Non fuit etiam acceptatio : ille enim cui res tradita est non erat mandatarius donatarii, nec proinde potuit pro illo acceptare, neque voluit. Ergo valida non videtur donatio : in eo sensu judicarunt quædam curiæ regiæ ; unde concludit DURANTON, n° 394, fixam non esse jurisprudentiam in sensu judiciorum quæ mox indicavimus.

Inter hæc, quædam forsân distinctio adhiberi posset.

1. Si agatur vere de donatione *inter vivos*, id est, si donator mandaverit ut res statim et ante mortem suam traderetur donatario, et nonnisi post mortem tradita fuerit, irrita videtur donatio : id admittit GUILHON, n° 455 ; item *Theolog. Tolosan.*, p. 328 ; et deduci potest ex rationibus allatis.

2. Si donator mandaverit ut res nonnisi post mortem suam traderetur donatario, tunc est donatio *in causa mortis*, quam validam agnoscit GUILHON, n° 456 : ita etiam DELVINCOURT, p. 360. Revera in eo casu mandatum referebatur ad tempus subsequendum mortem mandantis ; nonnisi eo tempore etiam debuit dominium in donatarium transire : hæc autem, quamvis aliena sint a natura donationis inter vivos, dici possunt pertinere ad naturam donationis in causa mortis, ideoque valere, si ipsa donatio valeat. Attamen putamus hic applicari non posse decisionem de donatione manuali. Nam esto quod in causa mortis admitti possit donatio revocabilis : at saltem requiritur ut ea donatio perfecta et completa fuerit in genere donationis. Porro illud locum habet quidem, quando facta fuit traditio donatario, et ex illius parte adfuit acceptatio ; sed locum non habet in præsentî casu, in quo utrumque deest.

3. Si donatio facta fuerit *ipsi mandatario*, cum onere eam post mortem donatoris tradendi personæ cui iste favere intendit, tunc valebit donatio. Ex una parte, concurrît quidquid requiritur ad donationem manualement, traditio

nempe et acceptatio : ex altera , modo non agatur de persona incapaci , et donatio non recidat in substitutionem prohibitam , valida est illa dispositio , seu fideicommissum tacitum , prout jam vidimus (n° 162) et fusius evolvemus (n° 622 et seq.), ubi de *Substitutionibus*.

4. Si agatur de *remissione debiti* , judicavit curia Lemoicensis , et ipsa Curia suprema , 2 april. 1823 , liberari debitorem , si creditor mandatario commiserit chirographum ipsi post mortem suam tradendum : quia ex art. 1282 et seq. , remissio debiti nulli formæ subjicitur , ac proinde fieri potest simpliciter vel conditionate , directe vel per intermedium. Judicium illud approbat VAZEILLE , ad art. 931 , n° 15 , quia lex non cogit in eo casu pronuntiare nullitatem quemadmodum in casu donationis ordinariæ. Verum illud impugnat DURANTON , n° 395 , quia art. 1282 non spectat nisi ad remissionem debiti conventionalem , quæ proinde supponit acceptationem debitoris.

5. Demum si agatur de summa pecuniaria apud quemdam deposita , ut post mortem deponentis in pios usus impendatur , vel pauperibus erogetur a depositario , vel alio specialiter delegato , ait GRENIER , n° 178 , et FAVARD , n° III , p. 208 , hanc dispositionem verisimiliter approbandam fore a judicibus , maxime si esset modica : est enim quid sacrum , quod sine quodam sacrilegio prætermitti non posset. Attamen curia Duacena , 31 decembr. 1834 , judicavit talem dispositionem habendam non esse ut donationem , quæ perfici non potest nisi res tradita fuerit donatario , sed ut merum depositum , ideoque summam reddendam esse hæredibus donatoris. (*Journ. des Cons. de Fabriq.* , t. 1 , p. 283). Verum , ut observat editor istius Diarii , hæc decisio obnoxia est gravibus difficultatibus. Observat VAZEILLE , ad art. 931 , n° 12 , decisionem contrariam facile sustineri posse , vel dicendo donationem fieri directe depositario cum onere rem adhibendi in talem usum , vel eum

habendo quasi mandatarium pauperum vel aliorum in quorum utilitatem vergit donatio, quod facile præsumi potest de parcho, etc. Quidquid sit, ex varietate opinionum et judiciorum, concludi potest cum FAVARD, p. 210, multum in his relinqui arbitrio judicum, et cum Grenier, quem sequitur *Theol. Tolosan.*, p. 328, multo satius esse ut adhibeantur solemnitates requisitæ, præsertim si dispositio sit alicujus momenti, quia alioquin hæredes sæpe postulabunt, et non raro obtinebunt, ut pronuntietur nullitas. Cæterum hic spectamus quæstionem sub solo respectu formæ adhibendæ: de ea redibit sermo, ubi de *Testamentis*, quando expendemus quatenus irritum declarari possit testamentum, utpote factum in gratiam personæ incertæ, vel relictum arbitrio alicujus, etc. (nº 570).

557. IIº. De *donationibus* INDIRECTIS. Eo nomine designant varii auctores duplicem donationis speciem, nempe donationes quas alii potiori jure vocant simulatas, et donationes accessorias.

1º. Donationes *simulatæ* eæ sunt quæ occultantur sub specie venditionis, vel alterius contractus onerosi. De iis jam diximus (nº 169 et seq.), et exposuimus pro validis haberi ex jurisprudentia hodie satis communiter recepta hujusmodi donationes, modo non fiant in gratiam personæ prohibitæ, nec excedant portionem disponibilem: vidimus etiam an valeant præcise tanquam donationes; et cur etiam in ea hypothesi valeant, licet solemnitatibus donationum destitutæ.

2º. Donationes *accessoriæ* dicuntur illæ quæ sequuntur tantum ex conventionem cum tertio inita, v. g., si Petro donem aut vendam domum, ea conditione ut Paulo donet tale objectum. Quatenus id fieri possit jam vidimus (nº 232 et seq.): porro docent communiter auctores valere hujusmodi donationes, etiamsi non vestiantur formis per legem præscriptis, quia non sunt *actus* donationis de quibus lo-



quantur varii Codicis articuli. Vid. TOULLIER, n<sup>is</sup> 176, 215 et 216; DURANTON, n<sup>o</sup> 398 : et speciatim de acceptatione expressa, GRENIER, n<sup>o</sup> 74; VAZEILLE, ad art. 932, n<sup>o</sup> 9; COIN-DELISLE, ad art. 893, n<sup>o</sup> 11.

558. III<sup>o</sup>. *De donationibus REMUNERATORIIS.* Donatio remuneratoria dicitur ea quæ fit ex causa accepti beneficii, vel officii præstiti. Duplex distingui potest : alia quæ fit in vim compensationis et mercedis ob quam competebat donatario jus stricte exigendi ; alia in remunerationem servitiorum quæ donator non stricte tenebatur compensare, sed ex gratitudine tantum.

In priori casu, nulla potest esse difficultas de validitate donationis, quæ est potius *datio in solutum*, seu quædam venditionis aut permutationis species. Ita omnes auctores, inquit COIN-DELISLE, ad art. 894, n<sup>o</sup> 20, ubi multos citat.

In posteriori vero casu, major est difficultas. Diversum legislationis et jurisprudentiæ statum ea de re exponit TOULLIER, n<sup>o</sup> 186, et concludit hujusmodi dispositiones non posse quidem excedere portionem disponibilem, tum quia ea quæ sunt juris stricti anteponi debent iis quæ sunt meræ gratitudinis, tum quia mens legis fuit ut tales dispositiones fierent e portione disponibili ; sed non subjici solemnitatibus quæ præscribuntur pro donationibus, quia sunt potius solutio debiti naturalis, et, ut dicitur in jure, *Extra causam donationum sunt officiorum talium mercedes.* Istud etiam admittit DELVINCOURT, p. 272, deducens ex eo quod art. 1235 agnoscat debita mere naturalia, cum statuatur repeti non posse quod solutum est ad satisfaciendum tali debito. Nec abnuat COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 22, asserens illud esse de mente auctorum, quotiescumque agnosci potest debitum saltem naturale : sed si donatio notabiliter et evidenter superet officia præstita, vel si agatur de officiis quæ pecunia æstimari nequeunt, sed solam gratitudinem merentur, docet, n<sup>is</sup> 23, 24, tunc omnino applicari regulas

de formis donationum, cum adsit vera donatio. Illud videtur quidem consentaneum principiis : sed putamus debitum gratitudinis haberi posse ut debitum naturale, nec requiri ut officia sint præcise pretio æstimabilia.

IV°. *De donationibus ONEROSIS.* Illæ sunt quibus donator annectit quædam onera donatario imposita<sup>1</sup>. Juxta TOULLIER, n° 185, si hæc onera sint in gratiam tertiæ personæ, est semper vera donatio, ac proinde subjecta formis consuetis : si vero sint in gratiam donatoris, sive directe, sive indirecte, quatenus eum liberant ab obligationibus quæ ipsi incumbunt erga personam in cujus gratiam vertuntur illa onera, tunc non est vera donatio, sed quædam commutatio, seu contractus innominatus, qui proinde non subjicitur formis donationum, sed in quo locus esse poterit tantum reductioni, si liberalitas notabiliter superet onera. Verum propugnat COIN-DELISLE, ad art. 894, n° 17, 18, hanc doctrinam conciliari non posse cum codice Civili. Nam ex art. 1107, standum est quoad singulos contractus regulis quæ circa illos sanciuntur sub titulis specialibus. Porro circa donationes adest titulus specialis; et cum expresse supponant art. 945 et 1121 quibusdam donationibus annecti posse varia onera, non ideo quoad eas recedendum est a principiis quæ regunt quaslibet donationes. His non obstantibus, difficile crederemus præfatam doctrinam alienam dici posse a mente legislatoris.

### §. 2. *De forma servanda in testamentis.*

559. Ex dictis constat plures lege requiri solemnitates in donationibus quam in cæteris contractibus, prout jam

<sup>1</sup> Quidam jurisperiti has vocant donationes *titulo oneroso*. Sed merito observat COIN-DELISLE, ad art. 948, n° 9, *Note*, accuratum non esse hunc loquendi modum : quia eatenus esset titulus onerosus, quatenus onus esset causa contractus; sed tunc esset contractus commutativus, non autem donatio.

initio præcedentis paragraphi (n° 540) exposuimus. Ex dicendis patebit in testamentis plures adhuc, saltem sub multis respectibus, exigi solemnitates quam in ipsa donatione et cæteris contractibus qui fiunt inter vivos. Haud inutile erit investigare cur ita legislator statuerit. Porro juxta jurisperitos, ex una parte lex voluit providere, tum ut constet de authenticitate testamenti, et testamenta apocrypha non proferantur; tum ut testator non possit circumveniri per vim aut dolum, et ut morbo oppressus nonnisi libere et deliberate de bonis suis disponat, et sic per alterius malitiam non lædantur jura hæredum naturalium: ex altera vero, cum testator deroget ordini successionum per legem statuto, neque seipsum spoliaret sed hæredes suos tantum, mirum non est quod testamentum ut odiosum habeatur, dum contractus habentur ut favorabiles, prout exponit d'Aguesseau, quem citat TOULLIER, t. v, n° 446. Sed, ut observat idem auctor, n° 447, præter illas rationes, agnoscendum videtur plures ex solemnitatibus quæ præscribuntur in testamentis ortum ducere a moribus populi Romani; quod quidem non erit inutile paucis explicare, post HEINECCIUM, *Recitat.* t. II, §. 486 et seq.; editorem *Bibliothecæ canonice*. FERRARIS, v° *Testamentum*, art. I, n° 3; GRENIER, *Disc. histor.*, sect. II, §. I, p. 37 et seq.; COIN-DELISLE, *Introduction*, n° 9 et seq.

Prout jam diximus supra (n° 497) et in *Tr. de Justitia* (n° 502 et 503), disputant auctores de modo quo bona hominis defuncti ad alium transire possint et debeant: sed quidquid sit, apud omnes populos lex civilis quemdam modum statuit; seu ordinavit successiones ab intestato, secundum ea quæ in variis locis magis expedire visa sunt. Huic ordini quodammodo derogatur per testamentum. Hinc cum lex nonnisi per legem dissolvi possit, apud Romanos testamenta fiebant ab initio per modum legis, nempe in comitiis, ut dicebatur, *calatis*; id est, quibus

aderant pontifices ad invigilandum ut penates testatoris ad hæredem transirent. Convocabatur populus, et rogabat magistratus : *Velintne, jubeantne ut hic illi hæres sit*, et sic hæres per legem instituebatur. Postea tamen agnitis in hac solemnitate multis incommodis, aliud genus invaluit quod dictum est *per æs et libram*, in quo hæres censebatur emere hæreditatem, coram septem testibus, quorum quinque repræsentabant totidem classes populi, sextus qui dicebatur *libripens* libram tenebat, septimus qui vocabatur *antestatus* testes interpellabat, monebatque tangendo auriculas ut memores essent. Hinc mos invaluit multis in locis ut septem testes requirerentur. Ita in Galliæ provinciis quæ regebantur jure Romano : quem usum confirmavit edictum anni 1735, art. 5; dum in provinciis consuetudinariis exigebat tantum, art. 23, vel duos tabelliones, vel unum cum duobus testibus. Pariter ex dispositione juris Romani non aderat testamentum sine institutione hæredis : isto deficiente, erat tantum codicillus, qui in pluribus a testamento discrepabat. Aliæ quædam solemnitates ortum ducunt ex variis consuetudinibus. Licet igitur generatim habeant scopum supra assignatum, quædam sunt quarum vix alia ratio dari potest nisi quod antiquitus viguerint. Sed, ut post Ricard observat TOULLIER, n° 448, sæpe evenit ut tot solemnitates contra inserviant ad frustrandam testatoris voluntatem; unde ait, n° 438 *in fine*, testamenta publica tot et tam subtilibus discussionibus dare aditum, ut prudens sit qui ea corroboret per testamentum olographum, ut plerumque monent advocati magis rerum experti. Quidquid sit, præstat diligenter inquirere quænam sint legis præscripta, ut servari possint ab omnibus, et confessarii, in re frequentissimæ praxis, recta consilia dare valeant.

560. His præmissis, duplex cum quibusdam auctoribus distingui potest testamentorum forma : altera externa,

quæ respicit scriptum seu actum quo continentur ultimæ testatoris voluntates; altera interna, quæ spectat ad dispositiones quæ in testamento fieri possunt<sup>4</sup>. De utraque sigillatim dicemus.

PUNCT. 1. *De forma externa testamentorum.*

561. Varia est illa forma, pro diversa testamenti specie. Porro ex art. 969 triplex distinguitur species: testamentum potest esse olographum, publicum, vel mysticum; sunt insuper quædam testamenta pro quibus præscribuntur regulæ speciales, quæ ideo a quibusdam designantur sub isto nomine, *testament exceptionnel*. De his omnibus seorsim dicemus.

I<sup>o</sup>. *De testamento OLOGRAPHO.* Illud est quod propria testatoris manu exaratur. Ex art. 970, tres tantum requiruntur conditiones: *écrit en entier, daté, et signé de la main du testateur*; sed ex art. 1001 requiruntur sub pœna nullitatis.

I<sup>a</sup> conditio, ut sit *scriptum integre* manu testatoris. Inde concludunt jurisperiti sufficere vel unum verbum aliena manu conscriptum ut testamentum declarari debeat irritum. Observant tamen requiri ut constet verbum illud esse partem testamenti: alioquin posset quilibet ad cujus manum deveniret testamentum, illud irritum efficere per unius verbi additionem. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 294; TOULLIER, n<sup>is</sup> 357, 358; DURANTON, t. IX, n<sup>o</sup> 27; COIN-DELISLE, ad art. 970, n<sup>o</sup> 13. Constabit autem, juxta eosdem auctores, additionem esse partem testamenti, non solum si per unum continuatum tenorem includatur in ipso testamento, sed etiam si approbata fue-

<sup>4</sup> Variis sensibus intelligunt varii auctores formam testamenti *externam*, et *internam*. Vid. COIN-DELISLE, c. V, n<sup>o</sup> 5, *Note*, p. 320. Ad scopum nostrum sufficit hic indicare quonam sensu verba illa sumamus.



rit a testatore : imo licet approbata non fuerit, existimat GRENIER, n° 228 *sept.*, *Supplém.*, p. 105, 108, irritum declarari posse testamentum, nisi constet hanc ignoratam fuisse a testatore. Sed illud nimis rigorosum existimat VAZEILLE, ad art. 970, n° 2 : additio mere accidentalis, inquit, nullius quidem est roboris ; sed *Non debet utile per inutile vitari.*

Quoad interpositiones (*les interlignes*) manu testatoris scriptas, satius est ut approbentur a testatore : sed illud non est absolute necessarium, ut valeant. Ita TOULLIER, n° 359 ; DURANTON, n° 28 ; VAZEILLE, n° 3 ; COIN-DELISLE, n° 17.

Quoad lituras (*les ratures*), irritant dispositiones deletas, nec cæteris nocent, si sint approbatæ : imo etiamsi non sint approbatæ ; TOULLIER, n° 359 ; GRENIER, *ibid.*, p. 103, 104 ; DURANTON, n° 29 ; COIN-DELISLE, n° 20 ; modo tamen in eo casu testamentum penes testatorem remanserit, vel sit sigillo testatoris clausum, alioquin timeri posset ne lituræ ab alio provenirent, ut observat DELVINCOURT, p. 295. Aliquando possent efficere, juxta TOULLIER, n° 360, et GRENIER, p. 106, ut testamentum pro imperfecto haberetur : præsertim si legi non posset quod deletum est ; quia hoc erat forsán modificatio alterius dispositionis, ut advertit PAILLIET, ad art. 970, *Note 6*. Sed cavendum tamen ne aliquid exigatur ultra præscriptum legis, ut monet COIN-DELISLE, n° 19.

Potest testamentum scribi quacumque charta, etiam regni signo non munita (*papier non timbré*) : sed tunc solvenda erit mulcta pecuniaria, quando testamentum exhibebitur coram iudice. Hinc judicatum est valere testamentum conscriptum in accepti et expensi codice (*le liere de compte*). Nihil obstat quin fiat per simplicem epistolam, modo clare indicet voluntatem scribentis : olim illud non admittebatur ; sed prohibitionem non expressit Codex, et

quamvis eam vigere supposuerit orator Gubernii (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 300), contrarium vulgo sentiunt auctores, et judicant tribunalia : vid. MERLIN, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, §. I, art. v, t. XVII, p. 292 et seq.; DELVINCOURT, p. 295, 296; TOULLIER, n° 378; GRENIER, n° 228 *oct.*, *Supplém.*, p. 110 et seq.; DURANTON, n° 26; VAZEILLE, n° 6; COIN-DELISLE, n° 24.

562. II<sup>a</sup> conditio est, ut designetur testamenti tempus (*qu'il soit daté*). Olim illud non requirebatur in testamentis olographis : postea exegit edictum an. 1735 ut indicarentur annus, mensis, et dies. Art. 970 exigendo designationem non loquitur cum eadem præcisione : unde concludit TOULLIER, n° 362, p. 331, plus relinqui arbitrio judicis; nec abnuunt DURANTON, n° 30, et COIN-DELISLE, n° 28. Sed alii dicunt verbum adhibitum in articulo includere designationem anni, mensis, et diei, et proinde nullum allatum esse discrimen. Ita MERLIN, *ibid.*, art. VI, n<sup>is</sup> III et X, p. 297 et 307; GRENIER, n° 226. Vid. VAZEILLE, ad art. 970, n° 12; et COIN-DELISLE, n° 26 et seq., qui ostendit illud non esse nimis rigorose sumendum. Ideo exigitur designatio, ut si plura occurrant testamenta, agnoscatur cuinam standum sit; et ut constare possit de capacitate testatoris tempore quo confecit testamentum, quam requiri vidimus supra (n° 250).

Quid vero, si designatio sit erronea, eritne testamentum irritum eodem modo ac si careret designatione?

Videndum quænam sit natura erroris. Si testamentum appareat, ut dicitur, *antidaté*, principium communius admissum est non irritari, si error deduci et corrigi possit ex ipsomet actu; secus vero, irritari : quia ea est mens legum ut ex ipso testamento constet adhibitas esse formas. Pluries in eo sensu judicatum. Vid. TOULLIER, n° 362; MERLIN, *loc. cit.*, n° X, p. 304 et seq.; GRENIER, n° 228 *bis*, *Supplém.*, p. 84 et seq.; VAZEILLE, n° 12. Si vero

testamentum sit, ut dici potest, *postdaté*, major adest difficultas, quia supponi potest testatorem voluisse suspendere effectum testamenti usque ad tempus quod assignavit. Sed si constet nonnisi per inadvertentiam assignari potuisse tale tempus, recurrendum erit ad varia indicia quæ reperiri poterunt in testamento. Vid. TOULLIER, n° 363; MERLIN, *ibid.*, p. 315; VAZEILLE, n° 13; COIN-DELISLE, n° 37-39.

Cæterum agnoscunt omnes posse designationem fieri notis arithmeticeis, quamvis tutius sit exprimere in extenso totidem litteris, ut difficilior mutari possint.

Non requiritur ut indicetur locus; illud parvi refert, cum ex art. 999 (vid. n° 99) testamentum olographum ubique fieri possit: unde lex non præscribit designationem loci nisi pro testamento solemni, quia illud inservit ad demonstrandam capacitatem notarii. Ita MERLIN, *ibid.*, n° XIV, p. 326 et seq.; TOULLIER, n° 368, qui exinde concludit nec nocere errorem circa locum; item DURANTON, n° 23.

Tandem parvi refert quo in loco ponatur designatio temporis, an in principio, an in fine testamenti. Sed requiritur ut complectatur omnes dispositiones: alioquin irritæ declararentur illæ quibus designatio non applicaretur. Vid. TOULLIER, n° 369 et seq.; GRENIER, n° 226 *bis*, *Supplém.*, p. 80 et seq.; VAZEILLE, n° 18; COIN-DELISLE, n° 30 et seq.

563. III<sup>a</sup> conditio est subscriptio testatoris (*la signature*). Si apposita non fuerit, scriptum non habetur nisi ut propositum testamenti. Fieri debet subscriptio per nomen quod dicitur familiæ: nec necessarium est ut adjungatur prænomen vel cognomen; quamvis illud sæpe expediat, ut præcaveatur confusio cum cæteris ejusdem familiæ membris. Cum id efficere potissimum debeat subscriptio ut constet de identitate personæ, sufficere videtur ut testator eam adhibeat subscriptionem quam adhibere consue-

vit in actibus publicis, et sub qua vulgo notus est. Hinc ut validum habitum est testamentum clarissimi Massillon, quod non aliam ferebat subscriptionem, quam istam : † *J. B. évêq. de Clermont*; idemque judicium latum est an. 1824 de testamento Jos. Jac. Loison, episcopi Bayonnensis. Hinc etiam aliquando firmata sunt testamenta solo cognomine subscripta. Attamen locus esse potest variis difficultatibus et litibus, quas præcavere satius est. Vid. TOULLIER, n<sup>is</sup> 373, 374; GRENIER, n<sup>is</sup> 244, et 244 bis, *Supplém.*, p. 127; DURANTON, n<sup>is</sup> 39, 40; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 7.

Regulariter apponenda est subscriptio in fine testamenti. Si apponeretur ante designationem temporis, dubia esset validitas : afferuntur auctores, et tribunalium judicia pro utraque parte. Vid. DELVINCOURT, p. 295; TOULLIER, n<sup>o</sup> 375; MERLIN, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Testament*, sect. II, §. IV, art. III, n<sup>o</sup> VI, t. XVII, p. 551 et seq.; DURANTON, n<sup>is</sup> 32, 38; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 9; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 42.

564. Tales sunt conditiones requisitæ ut valeat testamentum olographum; quod ut omnium optimum haberi potest, utpote extra omnem fraudis suspicionem, et propter ejus simplicitatem irritationi minus obnoxium. Attamen suis etiam incommodis non caret. Facile averti potest sive ab hæredibus legitimis, sive ab aliis qui testatoris morti adsunt, nisi iste de testamenti custodia diligenter caverit. Insuper aliquando necessarium est, et tamen difficile, ejus sinceritatem probare. Quod ut intelligatur, breviter exponendum est quænam authenticitas ipsi coram lege competat.

Testamentum olographum est actus sub signo privato : possunt ergo hæredes naturales quibus opponitur declarare se non agnoscere scripturam et subscriptionem sui auctoris, et tunc legatario seu hæredi instituto incumbit onus probandi, ad sensum art. 1323 et 1324, de quibus

jam diximus (n° 450). Ita docent communiter auctores : et ratio satis aperta est, quia ut testamentum vim aliquam habere possit, prius constare debet de illius existentia. Vid. DELVINCOURT, p. 296 ; TOULLIER, n° 502 ; MERLIN, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, §. IV, art. VI, t. XVII, p. 567 et seq. ; GRENIER, n° 292 *quater*, *Supplém.*, p. 174 ; DURANTON, n° 46. Aliud dicendum esse propugnant TOULLIER, n° 503, GRENIER, p. 179, quibus assentiuntur DURANTON, *ibid.*, p. 67, POUJOL, ad art. 970, n° 29, COIN-DELISLE, ad art. 1008, n° 17, 18, si legatarius obtinuerit a iudice mandatum quod dicitur *d'envoi en possession*, quia mandatum illud efformat in gratiam legatarii titulum, ex quo fit ut jam hæredi naturali incumbat onus probandi falsitatem testamenti. Verum existimant DELVINCOURT, p. 297, MERLIN, n° V, p. 577, VAZEILLE, ad art. 1008, n° 7, et satis merito quidem, ut nobis videtur, mandatum illud iudicis, quod datur non auditis hæredibus naturalibus, et sæpe ipsis insciis, nullum ipsis damnum inferre posse ; ideoque, quando opponunt legatario jus quod habent ex lege, ipsum non posse eos repellere nisi ostendendo se esse vere legatarium, seu, aliis verbis, ostendendo sinceritatem testamenti. Sed si hæres naturalis semel voluntarie agnoverit testamentum, jam non poterit confessionem suam retractare, et onus probationis rejicere in legatarium : illudque verum esse, etiamsi allegaret se non vidisse antea apographum (*la minute*), pluribus ostendit MERLIN, n° IV, p. 572 et seq.

Quando autem semel constat de sinceritate testamenti, sive ex confessione hæredum naturalium, sive ex verificatione, jam habetur ut actus authenticus seu sollemnis, qui per seipsum fidem facit temporis quo confectus dicitur (*de sa date*). Ita agnoscunt jurisperiti : DELVINCOURT, *Notes*, p. 295 ; TOULLIER, n° 377 ; MERLIN, *ibid.*, art. VII, p. 590 et seq. ; GRENIER, n° 228 *quinq.*, p. 91 ; DURAN-



TON, n° 47. Illud fuse ostenditur in *Consultatione* quæ legitur *Journ. des Cons. de Fabr.*, t. x, p. 57, ubi asseritur hæc principia hodie certa esse, ab omnibus auctoribus admissa, et multis tribunalium judiciis sancita. Profertur *ibid.*, p. 59, *Note*, *Consultatio* D<sup>i</sup> RAVEZ, in eodem sensu. Et reipsa, nisi ita esset, jam manca prorsus foret et imperfecta facultas disponendi testatori concessa a lege, nec obtineretur finis quem intendit varias condiciones præscribendo. Unde, inquit jurisperiti, juxta hæc verba juris Romani : *Disponat testator, et erit lex*, testatori conceditur auctoritas quasi-publica. Hinc quamvis fieri possit ut per falsam designationem temporis eludantur leges quæ irritant testamenta confecta a minore, ab interdicto, in ultimo morbo in gratiam quarundam personarum, etc., lex non præsumit fraudem : licet tamen iis quorum interest hanc probare ; sed utrum necessarium sit ut ideo recurrant ad viam juridicam quæ dicitur *inscription de faux*, an vero possint probare sive per testes, sive alia quacumque via, non constat. Judicant DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 295, DURANTON, n° 47, VAZEILLE, ad art. 970, n° 20, admitti posse quascumque probationes, quia hoc est factum fraudis quod viis ordinariis probari potest. Docet tamen GRENIER, *ibid.*, *Supplém.*, p. 99, non aliam viam suppetere quam juridicam : idque pro certo asseritur in duplici consultatione mox citata, p. 58, 62, ubi principii loco statuitur, vel sequendam esse formam juridicam, vel probationes eruendas esse ex ipsomet testamento, sensu antea (n° 562) exposito.

565. II°. *De testamento SOLEMNI*. Illud est quod a duobus notariis coram duobus testibus, vel ab uno notario coram quatuor testibus excipitur ; art. 971. In eo accurate servandæ sunt solemnitates præscriptæ art. 972, 973, 974, 975 et 980. Servanda sunt etiam ea quæ præscribuntur per legem 25 ventôse an xi (15 maii 1803) *de Notariatu*. Id

pro certo admittunt jurisperiti, et ita judicant tribunalia. Adest tamen illud discrimen, quod ea quæ præscribuntur in Codice servari debeant sub pœna nullitatis, ex art. 1001; dum omissio eorum quæ præscribuntur per alteram legem non inducit nullitatem nisi in casibus in quibus illud exprimitur. Si quando autem hæc non simul concordent, standum est dispositionibus Codicis, quæ sunt posteriores. Vid. DELVINCOURT, p. 299; TOULLIER, n<sup>o</sup> 381, 449; DURANTON, n<sup>o</sup> 49; MERLIN, *ibid.*, sect. II, §. III, art. II, n<sup>o</sup> VIII, p. 428 et 437; GRENIER, n<sup>o</sup> 243.

In exponendis illis formis seu solemnitatibus non immorabimur, cum ad notarios spectent. Observabimus ex art. 6 et 68 legis de notariatu notarios teneri de damno quod ex inobservatione illarum formarum sequitur: idem deduci potest ex art. 1382 et 1383 codicis Civilis. Adesse possunt tamen quædam causæ quæ notarium excusent: harum judicium ad tribunalia pertinet. Vid. TOULLIER, n<sup>o</sup> 389; GRENIER, n<sup>o</sup> 232, ubi nimium benignus videtur, et 232 *bis*, ubi paulo magis severum se ostendit; VAZEILLE, ad art. 1001, n<sup>o</sup> 3, ubi fuse exhibet statum jurisprudentiæ.

566. III<sup>o</sup>. *De testamento mystico*. Illud est in quo testator secreto disponit de bonis suis, quodque clausum et sigillatum offertur notario et sex testibus simul præsentibus, ab eodem testatore asserente hoc esse suum testamentum, a se scriptum et subscriptum, vel ab altero exaratum et a se subscriptum; art. 976. Sedulo observandæ sunt regulæ præscriptæ in eodem articulo et sequentibus. Eas non exponemus. Advertere sufficiat, juxta multos, testamentum olographum rite confectum, notario et testibus oblatum ut vestiatur solemnitatibus testamenti mystici, valere ut olographum, licet ex defectu quodam non valeat ut mysticum. Ita DELVINCOURT, p. 310; TOULLIER, n<sup>o</sup> 480; GRENIER, qui contrarium docuerat n<sup>o</sup> 276, et ad

hanc opinionem rediit n° 276 *bis*; MERLIN, *ibid.*, sect. II, §. IV, art. IV, p. 559 et seq., et *Quest. de Droit*, v° *Testament*, §. VI, t. VIII, p. 287 et seq.; DURANTON, n° 138; VAZEILLE, ad art. 976, n° 22. Illud tamen non carere difficultate propugnat COIN-DELISLE, ad art. 976, n° 8 et seq., ubi quæstionem fuse expendit, et tandem concludit in rigore juris testamentum esse prorsus irritum, sed aliter sæpe judicari posse ex æquitate et circumstantiis.

567. IV°. *De quibusdam testamentis quæ PECULIARIBUS REGULIS subjiciuntur.* Vid. codicis Civilis art. 981-1000. Dispositiones sunt ita claræ, ut expositione non indigeant, aiunt TOULLIER, n° 485, et GRENIER, n° 278: quibus tamen non omnino assentitur COIN-DELISLE, p. 424. Illæ autem regulæ, juxta GRENIER, *ibid.*, et VAZEILLE, ad art. 981, n° 3, sunt iis testamentis ita propriæ, ut abstrahendum sit a regulis quæ sunt communes aliis testamentis. Sed propugnat COIN-DELISLE, *ibid.*, n° 1 et seq., non debere quidem istis testamentis applicari omnes regulas aliorum testamentorum, sed tamen plures esse a quibus subtrahi non possunt: quod ostendit instituta earum enumeratione.

PUNCT. 2. *De variis dispositionibus quæ per testamentum fieri possunt.*

568. Non iidem olim erant in omnibus Galliæ provinciis modi disponendi mortis causa. In provinciis juris scripti, ad hominem pertinebat hæredes instituere, et hæredes legitimi defuncti ad ejus hæreditatem non veniebant, nisi in defectum hæredis instituti, salva quadam reservatione, quæ *legitima* dicebatur, in gratiam liberorum et ascendentium. Sed requirebatur ut voluntas defuncti manifestaretur per testamentum rite confectum cum hæredis institutione: codicilli adhiberi non poterant nisi ad legata aut fideicommissa relinquenda, vel ad aliquid explicandum aut

mutandum in testamento. In provinciis vero consuetudinariis, hæredis institutioni locus non erat; sed permittebantur tantum legata quæ ab hæredibus legitimis erant præstanda : et si institutus fuisset hæres universalis, vel titulo universali, habebatur tantum pro legatario. Illud autem erat discrimen inter hæredem et legatarium, quod solus hæres repræsentaret personam defuncti; quod ad illum solum devolveretur jus possessionis quod jurisperiti vocant *saisinam*, adeo ut ad illum recurrere deberent legatarii ad obtinendum, ut dicitur, *la délivrance* legatorum; quod denique penes illum essent omnes *actiones* tum activæ tum passivæ successionis. Igitur in quibusdam provinciis, *saisina* et alia mox indicata competebant hæredi instituto, etiamsi adessent hæredes legitimarii; in aliis vero, competebant hæredibus naturalibus, etiam mere collateralibus, et etiamsi adesset legatarius universalis, cui tota tribuenda esset hæreditas. Vid. TOULLIER, n° 486-493.

In hoc rerum statu, quasi medium inter duo extrema elegit legislator hodiernus. Sustulit necessitatem institutionis hæredis, relicta cuilibet facultate disponendi quocumque modo voluerit. Deinde statuit, consequenter ad principia quæ sanciverat circa disponibilitatem bonorum (vid. supra n° 527 et seq.) : quando adsunt hæredes quibus conceditur reservatio, successio ad eos devolvitur; ipsi habent *saisinam*, et ab ipsis postulare debent legatarii : quando vero locus non est reservationi, potest testator sibi constituere hæredem proprie dictum, ad quem successio pleno jure devolvatur; et nonnisi in hujus defectum devolvitur successio ad hæredes naturales. Vid. TOULLIER, n° 494 et seq.

Hæc sunt veluti duo principia generalia legislationis hodiernæ : quæ nunc sunt paulo fusius evolvenda.

569. PRINCIPIUM I<sup>um</sup>. Potest quilibet per testamentum disponere, sive per institutionem hæredis, sive per legata,

sive sub alio quocumque titulo ad indicandam ipsius voluntatem idoneo; art. 967.

Itaque parvi refert an testator instituerit hæredem, an legatarium universalem, an legaverit quotam partem suorum bonorum, an quædam objecta determinata, etc.; modo servatæ fuerint formæ ad testamentum præscriptæ, valebit dispositio: lex parum curat de nomine, et ad rem solam attendit. Sed requiritur ut constet de voluntate testatoris: quod duo includit.

I. Constare debet testatorem voluisse testamentum condere. Necessarium quidem non est ut dispositionem suam testamentum nuncupaverit: sed necessarium est ut vel ex natura dispositionis, vel ex tempore pro illius executione assignato, vel ex aliis indiciis ex ipso actu desumptis, deducatur hanc esse vere dispositionem testamentariam.

Hinc sæpe orta est quæstio, an ille qui in actu formis testamenti vestito, simpliciter declarat se *donare*, censi debeat testamentum condidisse, etiamsi nihil indicet dispositionem testamentariam? Dicunt plures auctores, quos citat et sequitur MERLIN, *Répert.*, vº *Testament*, sect. II, §. IV, art. III, nº I, t. XVII, p. 941 et seq., præsumendam esse donationem inter vivos, ideoque irritam esse utpote forma donationis destitutam: ita etiam GRENIER, nº 224 *bis*, *Supplém.*, p. 78. Observat tamen DURANTON, nº 43, præsumptionem potius militare pro testamento, quando agitur de scripto privato, quod e manu auctoris non exiit, nec ullo modo innotuit donatario: præsumi enim nequit aliquem velle facere actum prorsus irritum. Juxta TOULLIER, n<sup>ls</sup> 356, 379, actus de quo ambiguum est an sit donatio, an testamentum, irritus declarari debet. Quidquid sit, agnoscunt omnes hanc esse quæstionem facti, judicio tribunalium relictam: unde quando Curia suprema quædam judicia ad se delata confirmavit, quæstionem ipsam juris intactam reliquit. Vid. etiam VAZEILLE,



ad art. 967, n° 3, et præsertim COIN-DELISLE, ad art. 970, n° 5-10.

570. II. Constare debet etiam in cujus gratiam testamentum conditum fuerit : nam requiritur ut testator ipse disponat, ut institutio hæredis, vel legatum, ipsius voluntati vere tribuenda sint, non vero voluntati alienæ : alioquin non disponderet, ad sensum art. 895 et 967, sed alteri disponendum relinqueret.

Hinc exoritur difficultas, quando testator eam conditionem imponit ut legatarius rem legatam, aut illius partem, distribuat pauperibus, vel impendat secundum intentionem sibi a testatore manifestatam, etc. Hi duo casus videntur ab invicem distinguendi.

1°. Si agatur de summa distribuenda pauperibus, et horum designatio relinquatur legatario, vel alteri personæ, v. g., parochi, communiter admissum videtur valere hanc dispositionem. Legatum non pendet a voluntate personæ indicatæ, sed sola executio ejus prudentiæ committitur. Dici non potest etiam fieri in gratiam personæ incertæ : si enim dicatur legatum fieri personæ designatæ, cum tali vel tali onere, nulla difficultas ; si vero dicatur fieri directe pauperibus, hujus objectum et applicatio sunt per se satis determinata. Insuper boni publici omnino interest ut valeant hujusmodi dispositiones. Vid. DELVINCOURT, p. 332, 333 ; DURANTON, n<sup>is</sup> 302 et 409 ; POUJOL, ad art. 1031, n° 4 ; VAZEILLE, ad art. 967, n° 10 ; *Journ. des Cons. de Fabriq.*, t. v, p. 57.

Juxta jurisperitos istius Diarii redactores, *ibid.*, non requiritur pro tali legato approbatio regia : asserunt ita judicasse Curiam supremam, et plures curias regias, speciatim Tolosanam, 11 aug. 1834, *ibid.*, t. 1, p. 248. Hic non applicatur art. 910 : « Il est manifeste, » dicitur in postremo isto judicio, « que le législateur n'a eu en vue « que les dispositions directement et expressément faites,

« sans intermédiaire, en faveur de la généralité des pauvres  
« d'une commune, dont les biens et les droits sont admi-  
« nistrés par un bureau de bienfaisance. » Attamen citatur  
in contrarium opinio concilii Status, apud D. AFFRE,  
*Administrat. tempor. des Paroiss.*, p. 282.

2°. Si legata fuerit summa impendenda secundum intentionem testatoris legatario vel alteri personæ notam, judicavit curia Aquensis, et Curia suprema 12 aug. 1811, irritum esse legatum, utpote factum in gratiam personæ incertæ, relictum arbitrio alterius quam testatoris, et januam aperiens fraudibus ad eludendas dispositiones legum de incapacitatibus ad recipiendum. Illud iudicium approbant TOULLIER, n<sup>is</sup> 351 et 606, ubi tamen in *Nota* ait aliter sentiendum esse de casu summæ distribuendæ pauperibus, et CHARDON, *du Dol*, t. II, n° 45, ubi agnoscit contrariam fuisse sub jure veteri jurisprudentiam et doctrinam auctorum, et aliter etiam ratiocinatur de pauperibus. Huic iudicio adhæret pariter GRENIER, qui aliam doctrinam prius docuerat, t. II, n° 513. Sed illud pluribus impugnat DELVINCOURT, p. 332 et seq. 1. Nullibi in jure nostro irritantur dispositiones in gratiam personæ incertæ, aut saltem in gratiam personæ alio modo quam per testamentum ipsum designandæ. 2. Olim tales dispositiones habebantur ut validæ; neque timenda fraus, cum constare possit eas non respicere personas prohibitas. 3. Interest ad bonum publicum ut eo modo fieri possint restitutiones, quæ alioquin sæpe fieri non poterunt sine infamia testatoris. Vid. etiam VAZEILLE, n° 8, et DURANTON, n° 408, juxta quem iudices pronuntiare possunt juxta circumstantias.

Quidquid sit de his rationibus, et de ipsa quæstione circa quam adhuc incertam esse jurisprudentiam ait POUJOL, ad art. 1031, n° 4, facile intelligitur tales dispositiones suo effectu plerumque frustrandas fore, nisi consentiant

omnes hæredes ; et sæpe non consentient. Optandum ergo ut testator intentionem suam aperte enuntiet in testamento, quando id sine nimio incommodo fieri potest. Si vero id fieri nequeat, provideat meliori modo juxta circumstantias.

571. PRINCIPIUM II<sup>um</sup>. Sub quocumque titulo testator disposuerit, effectum obtinebunt illius dispositiones juxta regulas lege statutas circa legata universalialia, vel titulo universali, vel particularia; art. 1002.

Ad illud principium deducunt ea quæ modo diximus. Cum lex parum curet de nomine, et ad rem solam attendat, statuit regulas quibus regantur variæ dispositiones quæ fieri possunt: istæ autem, spectata earum natura, reducuntur ad tres species modo enuntiatas; sunt nempe vel legata universalialia, vel titulo universali, vel particularia. Unde intelligitur quintuplex distingui posse genus personarum ad quas transeant bona defuncti: 1°. occurrunt hæredes legitimarii, id est, quibus competit reservatio; 2°. hæredes legitimi, seu legales aut naturales, qui succedunt ab intestato ex dispositione legis; 3°. legatarii universales; 4°. legatarii titulo universali; 5°. legatarii particulares. Hic agendum non habemus nisi de tribus posterioribus, de prioribus non locuturi nisi sub respectu quo cum istis concurrunt. Exponere autem debemus quænam sint eorum jura, et quænam onera ipsis imposita: quædam in fine addemus de mediis quæ adhibere potest testator ut dispositiones suæ impleantur, seu de exsecutoribus testamentariis.

572. I°. De JURIBUS quæ variis legatariis competunt.

I. De legatariis *universalibus*. Adest legatum universale, quando testator dat uni vel pluribus universalitatem honorum quæ post mortem relicturus est; art. 1003. Observant jurisperiti, quando plures sunt legatarii, necessarium esse ut iis detur *conjunctim*: si enim daretur, v. g.,

dimidia pars uni, et dimidia alteri, essent legatarii titulo universali; et uno deficiente, pars illius non accresceret alteri. Porro de legatariis universalibus hæc statuuntur. Distinguendum est: vel adsunt simul hæredes legitimarii, vel non. In priori casu, lex transfert solis hæredibus saisinam bonorum, et debet legatarius ab iis postulare quod gallice dicitur *la délivrance*; art. 1004: attamen jus habet ad fructus a die mortis, modo postulet intra annum; art. 1005. In posteriori casu, legatarii habent saisinam pleno jure; art. 1006. Attamen, si testamentum non sit authenticum seu solemne, debent recurrere ad præsidem tribunalis, a quo obtineant, ut dicitur, *une ordonnance d'envoi en possession*, juxta art. 1007 et 1008. Sed necessitas illius mandati non impedit quin legatarius qui antea iniit possessionem rei legatæ possit retinere fructus interim perceptos. Contrarium dixerat MERLIN *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, §. IV, art. v, n° III, t. XVII, p. 565; sed a priori sua opinione recessit *Quest. de Droit*, v° *Testament*, §. XIX, t. VIII, p. 398: quia art. 1008 non derogat articulo 1006, juxta quem legatarius habet saisinam, et proinde jus ad fructus. Cæterum nec illa saisina, nec mandatum præsidis obstant quin hæredes legitimi possint requirere ut apponantur sigilla et fiat inventarium, et exercere varios actus sui juris conservatorios. Ita pluries judicatum fuit, et docent auctores: DELVINCOURT, p. 350; TOULLIER, n° 504; VAZEILLE, ad art. 1008, n° 8.

573. II. De legatariis *titulo universali*. Adest legatum titulo universali, quando testator dat quotam partem suorum bonorum, v. g., dimidiam aut tertiam partem, vel omnia immobilia seu omnia mobilia, vel eorum quotam partem; art. 1010. Porro legatarii titulo universali non habent saisinam, sed debent recurrere ad hæredes legitimarios, si adsint; si non adsint, ad legatarios universales, vel, in eorum defectum, ad hæredes legales; art. 1011.

Existimant DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 354, 355, TOULIER, n° 545, GRENIER, n° 297, *Supplém.*, p. 181, DURANTON, n° 211, VAZEILLE, ad art. 1011, n° 2, POUJOL, ad art. 1011, n° 3, illis applicandum esse art. 1005 de fructibus; cum enim ex art. 1012 habeant eadem onera ac legatarius universalis, debent habere eadem commoda. Contendit COIN-DELISLE, ad art. 1015, n° 10 et seq., hanc opinionem communem esse errorem. Juxta illum, cum hæres habeat saisinam, et possessionem, facit fructus suos usque ad petitionem legatarii, qui nonnisi per hanc potest ipse adipisci possessionem. Regula ergo sancita art. 1005 quoad legatarium universalem est derogatoria juri communi, nec proinde debet in silentio legis extendi ad legatarium titulo universali. Iste igitur jus non habet ad fructus nisi a die petitionis, quocumque tempore hæc fiat: nisi tamen dilatio petitionis oriatur ex dolo hæredis, qui tunc teneretur restituere fructus titulo compensationis (*de dommages-intérêts.*)

574. III. De legatariis *titulo particulari*. Omnia legata quæ non sunt vel universalia, vel titulo universali, sensu exposito, habenda sunt ut particularia; art. 1010. Porro legatarii titulo particulari jus habent ad bona legata statim post mortem testatoris, illudque suis hæredibus transmittunt; art. 1014: attamen ex eodem articulo non possunt inire possessionem, vel fructus exigere nisi a die petitionis, vel traditionis voluntariæ, exceptis duobus casibus, in quibus ex art. 1015 possunt fructus exigere a die obitus: 1°. quando testator ita expresse statuit in testamento; 2°. quando census vitalitius vel pensio legata fuerunt titulo alimentorum<sup>1</sup>. An idem locum habeat quando testator le-

<sup>1</sup> Juxta COIN-DELISLE, ad art. 1015, n° 21, et seq., hanc dispositionem non accurate intellexerunt aut exposuerunt jurisperiti. Quando legatur census vitalitius aut pensio, redditus (*les arrérages*) habendi non sunt ut fructus; sunt ipsa res legata. Sensus est ergo, quando



gavit usumfructum, controvertitur. Affirmant TOULLIER, t. III, n° 423; MERLIN, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, §. III, n° XXX, t. IX, p. 737, ex art. 604; ROGRON, ad eundem articulum, quem dicunt asserre exceptionem articulo 1015. Negat vero DELVINCOURT, p. 362, quia cum ususfructus qui consistit in jure distinguatur a perceptione fructuum, jus quidem oritur a die obitus, sed perceptio fieri non potest nisi a die petitionis. Idem docebat GRENIER, n° 303: sed postea, n° 303 *bis*, *Supplém.*, p. 182, accessit ad opinionem quam propugnant Merlin et Toullier, quamque deducit non ex art. 604, sed ex art. 585 et 600. Ita etiam COIN-DELISLE, ad art. 1015, n° 25. Vid. VAZEILLE, ad art. 1015, n° 2.

Cæterum quamvis legatarius jus non habeat ad possessionem et ad fructus ante traditionem vel petitionem, observant GRENIER, n° 306, et TOULLIER, t. V, n° 546, rem legatam non posse vendi vel alio titulo transmitti in ejus damnum, et, si transmissa fuerit, posse ab eo vindicari e manibus tertii: idque extendit Toullier etiam ad rem mobilem, asserens hic non applicari art. 1141, et 2279. Verrum si agatur de re immobili, magna est inter jurisperitos controversia, de qua vid. *Tr. de Justitia* (n° 1039): si autem de re mobili, non applicatur quidem art. 1141, qui respicit casum specialem, sed nulla est ratio non applicandi art. 2279.

575. Ex his omnibus deduci potest hanc esse regulam generalem: ubi testamentum est validum, jus quod ab illo oritur retrahitur ad diem quo mortuus est testator: quæ spectant ad saisinam et petitionem quæ dicitur *en délivrance*, inserviunt igitur 1°. ad determinandum ad quem pertineant fructus tempore inter mortem et illam petitionem medio; 2°. ad ordinandas actiones quæ variis personis

legatum factum est titulo alimentorum, sine petitione deberi fructus reddituum (*les intérêts des arrérages*), si dilata fuerit eorum solutio.

competunt adversus successionem, quæque dirigendæ sunt ad eos qui habent saisinam.

576. II°. *De ONERIBUS quæ variis legatariis imponuntur.* Per illa onera intelliguntur præsertim debita : aliquando etiam ipsa legata, quando nempe simul concurrunt diversæ speciei legatarii. Quæstio est, utrum quemadmodum hæres naturalis tenetur de oneribus successionis, sive quatenus personam auctoris sui gerens, sive quatenus ipsius bona possidens, prout exposuimus in *Tr. de Justitia* (n° 558), ita pariter teneantur varii legatarii; et quam portione teneantur, sive concurrant cum hæredibus naturalibus, sive inter se invicem?

I. De legatario *universali*. Si *solus* hæreditatem accipiat, æquiparatur hæredi naturali, ac proinde tenetur de omnibus debitis : et si plures sint legatarii universales, debita inter eos dividuntur eodem modo ac inter hæredes naturales dividi diximus *ibid.* (n° 565).

Sed quæstio est, utrum teneri possit ad debita ultra vires hæreditatis, an vero debeat et possit recurrere ad beneficium inventarii, ut, acceptando hæreditatem, non teneatur tamen ultra id quod ex ea recepit? — Olim ex jure consuetudinario legatarius universalis nunquam tenebatur ultra vires, quia non repræsentabat personam defuncti, cum saisina semper tribueretur hæredi naturali : non aderat ergo obligatio personalis, sed tantum ratione bonorum, ultra quæ proinde obligatio extendi non poterat. Hodie idem dicendum esse propugnat PIGEAU, t. I, p. 498 : nullibi lex imponit legatario obligationem solvendi omnia debita ; obligatio autem tam gravis imponi non debet sine expressa dispositione legis : nullibi etiam lex loquitur de beneficio inventarii quoad legatarium ; ergo judicatum est ipsum non eo indigere.

Attamen alii communiter docent legatarium indigere beneficio inventarii. Etenim ex nova legislatione, quando

non adsunt hæredes legitimarii, habet pleno jure saisinam bonorum : quid ita, nisi quia repræsentat personam defuncti? Ergo vere æquiparatur hæredi naturali, et sicut ille obligatur. Creditores adire nequeunt hæredem naturalem, cui nullum jus competit; ergo opus est ut adire possint legatarium universalem. Ita DELVINCOURT, p. 351; CHABOT, *Successions*, t. II, ad art. 774, n° 14, p. 412 et seq.; DURANTON, t. VII, n° 14, p. 33, et t. IX, n° 201; TOULLIER, t. V, n° 556; ROGRON, ad art. 1009.

577. Si autem legatarius universalis concurrat *cum hærede legitimitario*, solus tenetur solvere omnia *legata*; art. 1009. Ratio est, quod reservatio minui non possit per dispositiones titulo gratuito; nec proinde obligari possit hæres legitimarius ad legata solvenda. Addit tamen art. 1009 : *Salvo casu reductionis, prout explicatur art. 926 et 927*. Non ita facile intelligitur sensus illorum verborum; sed videntur secum invicem pugnare art. 926 et 1009 : cum enim eo ipso quod adest hæres legitimarius locus sit reducendi legatum universale, sequi videtur ex art. 926 locum esse pariter reducendi legata particularia quæ legatarius universalis solvere tenetur. Vid. DELVINCOURT, p. 349; DURANTON, t. VII, n<sup>is</sup> 204, 205; VAZELLE, ad art. 926, n° 2.

Quoad *debita* autem, legatarius universalis tenetur personaliter pro parte sua, et hypothecarie pro toto; art. 1009. Cum bona non intelligantur, nisi deducto ære alieno, æquum est ut qui habet partem hæreditatis teneatur proportionaliter ad debita. Cum autem solus hæres legitimarius habeat saisinam, docent communiter auctores legatarium non teneri ultra vires, neque opus esse ut recurrat ad beneficium inventarii, quia non repræsentat personam defuncti : unde iste casus valde differt a præcedenti. Ita CHABOT, *loc. cit.*, p. 418, et t. III, ad art. 873, n° 26; TOULLIER, t. V, n° 556, p. 519; DURANTON, t. VII,

n° 14, p. 30, et t. IX, n° 201; idem supponit DELVINCOURT, p. 351, 352. Attamen distinctionem illam inter casum quo adest hæres legitimarius, et casum quo non adest, non affert GRENIER, pronuntians, n° 313, modo absoluto legatarium teneri ultra vires, si non recurrerit ad beneficium inventarii: eam ut meram subtilitatem respuit VAZEILLE, ad art. 793, n° 10, quia quod legatarius habeat saisinam, necne, nihil confert ad ejus obligationes; illa saisina tota est in gratiam legitimarii. Cæterum agnoscunt Chabot et Duranton non eximi legatarium a conficiendo inventario, quia alioquin non satis probaret quænam sint vires hæreditatis; sed dicunt necessarium non esse ut servet quæcumque præscribuntur art. 793 ad obtinendum beneficium inventarii.

578. Exinde oritur pariter quæstio, an legatarius teneatur de debitis erga creditores, an solum erga legitimarium: id est, utrum creditor possit totum debitum exigere a legitimitario, salvo istius recursu adversus legatarium; an vero teneatur actionem suam dividere inter legitimarium et legatarium, proportionem habita partis quam quilibet ex hæreditate percipit? — Existimat DELVINCOURT, p. 348, legitimarium teneri de universis debitis, salvo recursu adversus legatarium: cum enim solus saisinam habeat, solus repræsentat defunctum, et una eademque cum ipso persona efficitur; statim igitur ac acceptavit hæreditatem, tenetur de universis debitis: ac proinde creditor ipsum adire potest; quamvis possit etiam, si velit, adire legatarium, ad vitandum circuitum actionum. Idem fuse propugnat DURANTON, t. VII, n° 435.

Verum juxta TOULLIER, t. IV, n° 518, statim ac locum habuit traditio, debita pleno jure dividuntur, quemadmodum et ipsa bona, inter legitimarium et legatarium, ac proinde creditor dividere debet suam actionem.

Post exposita utriusque opinionis momenta, secundam

utpote codici Civili non oppositam et æquitati magis consentaneam admittit CHABOT, t. III, ad art. 873, n° 29, p. 591 : eam omnino tenendam docet pariter VAZEILLE, t. I, ad art. 871, n° 6.

579. II. De legatariis *titulo universali*. Legatarius titulo universali tenetur de debitis et oneribus successionis, personaliter pro parte sua, et hypothecarie pro toto; art. 871 et 1012. Cum non habeat saisinam, neque repræsentet defunctum, non tenetur de *debitis* ultra vires, juxta communem sententiam mox expositam. An autem teneatur erga creditores, an vero tantum erga legatarium universalem, si adsit, vel hæredem naturalem, controvertitur quemadmodum in casu quem mox expendimus. Juxta DELVINCOURT, p. 355, 356, et DURANTON, t. IX, n° 214, creditor adire potest pro toto debito legatarium universalem vel hæredem, qui habent saisinam; nec tenetur directe adire legatarium titulo universali; præsertim quando isti legata est species determinata bonorum, v. g., immobilia, quia tunc prius determinandum est quænam pars ipsi in debitis solvendis incumbat. Juxta TOULLIER, t. IV, n° 520-522, et VAZEILLE, ad art. 1012, n° 5, creditor debet dividere suam actionem, neque potest exigere ab hærede naturali vel legatario universali ut solvant pro legatario titulo universali, a quo forsitan difficile restitutionem obtinebunt.

Quoad *legata* particularia, si adsint hæredes legitimarii, et per legata, sive particularia, sive titulo universali, attingatur vel superetur pars disponibilis, tunc legatarius titulo universali debet solusolvere omnia legata particularia, peracta tamen reductione, si locus sit. Dicitur *Solus* per exclusionem hæredum legitimariorum; sed concurrere debet etiam legatarius universalis, si adsit, prout adesse posse supponit art. 1011; quod locum habet, juxta jurisperitos, quando post institutum legatarium universalem



ei imponitur onus dandi quotam partem uni vel pluribus. Sed si legata particularia non exhauriant portionem disponibilem, vel si non adsint hæredes legitimarii, tunc legatarii titulo universali non tenentur legata solvere nisi, ut dicitur, *par contribution*, cum hæredibus naturalibus; art. 1013. Observant tamen jurisperiti fieri posse ut natura dispositionum defuncti indicet legata particularia esse ab alterutris tantum solvenda: v. g., si legaverit omnia mobilia Petro, et domum Paulo, non tenebitur Petrus concurrere ad solutionem legati particularis. Vid. DELVINCOURT, p. 96, et *Notes*, p. 356; TOULLIER, t. v, n° 559; DURANTON, t. ix, n° 215 et seq.

580. III. De legatariis *titulo particulari*. Principium generale est eos non teneri ad *debita et onera*; art. 871, 1024; non repræsentant defunctum; et merito præsumitur voluisse testatorem ut res legata tota tribueretur ei cui eam pure et simpliciter dedit.

Adsunt tamen quædam exceptiones. 1°. In casu reductionis, ex eodem articulo: si nempe legata excedant portionem disponibilem, fit reductio ex dictis; sicque aliquo sensu concurrat legatarius particularis. 2°. In casu hypothecæ, ex eodem articulo: qui habet hypothecam in rem legatam, potest jus suum proseguere, et tunc legatarius cogitur vel rem derelinquere, vel debitum solvere. Si autem solverit, recursum habet contra hæredes vel successores titulo universali, erga quos ex art. 874 subrogatur omnibus juribus creditoris. 3°. In casu dispositionis expressæ: id est, si testator legatario imponat quamdam obligationem, profecto impleri debet; nil enim obstat quin liberalitati suæ quamdam conditionem apponat.

581. III°. *De EXECUTORIBUS TESTAMENTARIIS*. Ad hæredes profecto pertinet providere ut defuncti dispositiones impleantur. Cum tamen fieri possit ut officio suo desint, potest testator unum aut plures nominare, quibus curam

committat firmandi executionem sui testamenti; hi dicuntur executores testamentarii; art. 1025. Imo ne bona mobilia distrahantur cum damno legatariorum, potest executoribus tribui eorum bonorum saisina. Olim sub jure consuetudinario hæc saisina pleno jure competebat executoribus: hodie requiritur ut testator eam dederit. Potest autem eam dare vel pro omnibus bonis mobilibus, vel pro eorum parte tantum; sed protrahi non potest ultra annum et diem a morte testatoris: art. 1026. Hæc saisina non impedit saisinam hæredum seu legatariorum; unde dicunt jurisperiti per eam executores constitui potius quasi depositarios (*séquestres*), quam veros possessores: cumque alium scopum non habeat quam ut provideatur solutioni legatorum mobilium, possunt hæredes ei finem imponere, vel præstando executoribus summam sufficientem ad ea solvenda, vel probando ea fuisse soluta; art. 1027.

Exsecutio illa testamentaria est quasi mandatum: ita omnes auctores, inquit COIN-DELISLE, p. 486, n° 3: et quidem executor est mandatarius testatoris, quamvis quidam aliud dicere videantur. *Ibid.*, n° 4. Differt tamen istud mandatum a mandato ordinario: tum in eo quod, nedum expiret morte mandantis (art. 2003), contra nonnisi ex illa initium sumat; tum in eo quod eligi non possit nisi persona capax se obligandi; art. 1028: quia nempe, cum huic quodammodo subjiciantur hæredes absque propria voluntate, æquum est ut recursus adversus illum habere possint. Hinc executores eligi nequeunt uxores quoad bona non separatæ, absque consensu mariti; et uxores separatæ, absque eodem consensu vel auctoritate judicis, art. 1029; nec minores, etiam cum tutoris vel curatoris assistentia, art. 1030.

Mandatum illud est essentialiter gratuitum: attamen potest testator aliquid modicum executori tribuere, titulo remunerationis; vulgo illud dicitur *un diamant*. Potest ex-

secutor designatus acceptare, vel non acceptare : sed si non acceptet, non potest sibi vindicare legatum factum intuitu executionis ; si autem semel acceptaverit, docent plerique auctores non posse eum, postea repudiare : ita DELVINCOURT, p. 372; TOULLIER, n° 577; GRENIER, n° 328; DURANTON, n° 392; FAVARD, v° *Exécut. testam.*, n° II, t. II, p. 470; POIJOL, ad art. 1025, n° 3; COIN-DELISLE, p. 487, n° 11 ; qui excipiunt tantum casum quo executio fieret impossibilis, vel sine gravi damno impleri non posset. Ait tamen VAZEILLE, ad art. 1025, n° 3, nullam exstare juris dispositionem qua prohibeatur renuntiatio, nec satis validam afferri rationem cur exsecutori denegetur facultas, quæ ex art. 2003 competit mandatario, renuntiandi mandato. Si plures fuerint nominati, requiri ut omnes acceptent, et, si vel unus repudiet, alios non posse exsequi, ex art. 1033 deducunt DELVINCOURT, p. 375, DURANTON, n° 423, POIJOL, ad art. 1033, quia optime concipitur defunctum pluribus simul commisisse quod uni tantum ex illis committere noluisset. Reponit tamen VAZEILLE, ad art. 1033, n° 1, nihil tale statui in art. 1033, et contra dici posse ideo defunctum plures elegisse, ut, si unus deficeret, non deficeret alter. Totum pendet a voluntate testatoris ; an nempe conjunctim, an vero divisim eos instituisse censeatur : hæc proinde voluntas ex circumstantiis colligenda erit. Quidquid sit, si omnes acceptaverint, unus potest agere, quando cæteri absunt vel impediti sunt ; sed tenentur in solidum de rebus mobilibus sibi commissis, nisi testator munera eorum diviserit, et quilibet intra munus suum steterit : art. 1033. Demum si moriatur exsecutor, munus ejus non transit ad illius hæredes ; art. 1032 : non enim eos elegit testator. Si tamen elegisset aliquem, non ratione personæ, sed ratione officii, v. g., procuratorem regium talis urbis, parochum talis loci, facile intelligitur, mutata persona non ideo deficere mandatum, nisi ex cir-

cumstantiis appareret ipsum voluisse tamen indicare individuum, quem nonnisi honoris gratia designavit sub titulo sui officii.

Exsecutor testamentarius ad hoc invigilare debet : 1°. ut apponantur sigilla, si inter hæredes sint minores, interdicti, vel absentes; 2°. ut fiat rerum hæreditariarum inventarium, præsentem vel saltem rite vocato hærede proximo; 3°. ut vendantur res mobiles, si deficiat pecunia numerata ad legatorum solutionem; 4°. ut testamentum executionem accipiat; unde si lis exoriat, potest ipse intervenire : art. 1031. Curare debet ut defuncti voluntas quamprimum executioni mandetur, nisi sit justa causa differendi : et si qua oriatur difficultas, sumenda sunt media eam tollendi.

Tandem post annum elapsam ab obitu defuncti, debet exsecutor rationem reddere suæ gestionis ; art. 1031. Apud auctores sive veteres, sive recentiores, non constat, an possit testator eum eximere ab hac obligatione. Multi affirmant, modo non adsint hæredes legitimarii : quia posset ei hæreditatem tribuere; ergo a fortiori eum eximere a ratione reddenda. Ita DELVINCOURT, p. 375 ; TOULLIER, n° 604 ; DURANTON, n° 406. Plures tamen negant, quia lex nullam admittit exceptionem. Ita GRENIER, n° 337 ; FAVARD, n° VII, p. 471 ; POIJOL, ad art. 1031, n° 3. Verum invicta non videtur ea ratio : et illud saltem videtur satis certum, testatorem posse exsecutori legare quod ex hæreditate supererit, vel præscribere ut hæres stare teneatur bonæ fidei exsecutoris in ratione reddenda : ita TOULLIER, n° 604 et 605 ; DURANTON, n° 407, et ipse FAVARD, *ibid.*, et POIJOL. Vid. etiam VAZEILLE, ad art. 1031, n° 14. Unde observat COIN-DELISLE, ad art. 1031, n° 3, hanc esse disputationem de verbis, quia, si satis constat de voluntate testatoris, erit legatum validum, modo nil aliud obstat.

Cæterum in reddenda ratione computari debent impensæ quas fecit exsecutor, muneris sui implendi causa; debent enim ex rebus hæreditariis solvi. Si autem exsecutor aliquam culpam seu negligentiam in sua gestione admisit, docet DELVINCOURT, p. 375, quem sequitur VAZEILLE, ad art. 1034, n° 3, eum teneri eodem modo ac mandatarium. Illi igitur applicanda sunt quæ de isto antea diximus (n° 282).

§. 3. *Utrum et quatenus irrita sint in foro conscientiae donationes et testamenta in quibus servata non fuit forma per leges præscripta.*

582. Quæstio est, utrum donatio aut testamentum, destituta solemnitatibus quas ex jure nostro exigere sub pœna nullitatis vidimus, 1°. sint irrita in foro conscientiae, an tantum in foro externo; 2°. posito quod sint irrita in conscientia, utrum ante sententiam judicis, an solummodo postea. Porro magna est ea de re inter auctores dissensio: nam alii nullitatem ex defectu formæ restringunt ad forum externum sive quoad testamenta, sive quoad donationes et cæteros contractus; alii quoad testamenta, non vero quoad donationes; alii quoad donationes, non quoad testamenta: alii putant nullitatem attingere forum conscientiae etiam ante sententiam, alii tantum postea. Præcipuos in decursu indicabimus. Sed ut singulorum mentem accurate perspiciamus, simulque vim variorum argumentorum quibus innituntur, quædam prænotanda ducimus.

Agnoscent omnes solutionem quæstionis pendere a mente legislatoris qui varias nullitates statuit: nam satis apud omnes constat ipsum potuisse actum irritare variis modis mox indicatis. Voluntas autem legislatoris colligi debet præsertim ex diversis dispositionibus juris, seu legislationis sub qua quæstio solvenda est. Dicimus *Præsertim*, quia sunt quædam principia generalia juris, seu æquitatis



et justitiæ, quæ ut omnibus legislationibus communia haberi possunt, quæque etiam ab auctoribus adducuntur ad investigandam legislatoris mentem : sed cum ex istis plerumque educantur rationes meræ convenientiæ, potius quam argumenta rigorosa, facile intelligitur standum esse præcipue dispositionibus juris. Quando ergo investigatur mens alicujus auctoris, et expenduntur illius argumenta, sedulo attendendum est sub quonam jure scripserit, an sub jure Romano, sub jure Gallico veteri, etc., et utrum argumenta quæ affert vim suam servant sub jure sub quo quæstio solvenda est. Quanti sit momenti hæc observatio melius patebit ex pluribus consecrariis quæ ex ea educi possunt, et quæ simul viam aperient solutioni quæstionis.

583. — 1°. Plerique theologi qui afferri solent, sub jure Romano scripserunt. Operæ pretium est igitur investigare an principia vel dispositiones illius juris quæ allegant, adhuc sub jure nostro vigeant aut applicari possint.

1. Quod spectat ad *donationes*, multi expendunt an et quatenus irritæ sint illæ in quibus præscribitur *insinuatio*, si omissa fuerit. Porro jam diximus (n° 551) quænam esset natura illius insinuationis ex jure Romano : ex iis quæ attulimus deduci potest hanc non esse æquiparandam *transcriptioni*, quam multi dicunt fuisse apud nos huic substitutam, sed potius aliis solemnitatibus quæ ad intimam donationis substantiam propius attinent.

2. Quoad *testamenta* præsertim, multa ex jure Romano adducuntur. Sic inter alios testatur MOLINA, tr. II, D. LXXXI, n° 16, sibi aliquando veram visam esse sententiam quæ pro irritis in conscientia habet testamenta formis legalibus destituta, et se ab ea non recedere, nisi quia alia comperit jura quæ ipsi persuadent hanc non fuisse legislatoris mentem, (scilicet potissimum l. 32, Cod. VI, XLII, de *Fideicom.*, l. 2, *ibid.*, l. 16, Cod., VI, XXIII, de *Tes-*

tamentis), et quia communior doctorum sententia tenet ex voluntate ultima minus solemniter oriri obligationem naturalem : aliud autem docet, n° 25, quoad contractus, quia nulla suppetunt jura quæ eodem modo interpretentur mentem legislatoris circa eorum invaliditatem. Eodem sensu loquitur LESSIUS, l. 2, c. 19, n<sup>is</sup> 15-18 et 35; et speciatim n° 31, in fine, ait : « Si hæres fateatur, voluntatem testatoris fuisse ut alteri traderet fideicommissum vel legatum, cogetur vi legum solvere; » et n° 17, proferit textum JUSTINIANI, *Instit.*, II, XXIII, *de Fideicommissariis hæredit.*, §. 12, ubi statuitur fideicommissarium vel legatarium posse juramentum deferre hæredi, qui si recuset, solvere cogendus erit. Verum observat DE LUGO, D. XXII, n<sup>is</sup> 256 et 258, et post eum HAUNOLDUS, t. II, tr. VI, n° 37, hæc nimium probare, cum ostendant ne in foro quidem externo ultimate requiri ad validitatem has solemnitates; unde dicunt leges illas intelligendas esse, non de testamento et hæredis institutione, sed de fideicommissis, et legatis : et quidem HAUNOLDUS, tr. VII, n° 140-142, fatetur communem doctorum sententiam videri supponere istorum validitatem in conscientia; ipse autem putat id verum esse, si adfuerit pactum inter hæredem et fideicommissarium; item secluso pacto dici posse, si agatur de hærede instituto; sed si agatur de hærede ab intestato, non teneri, secluso pacto, ante judicis sententiam, quod ostendit ex l. 23, *Cod., de Fideicom.*, quam a nemine satis explicatam asserit. Vid. etiam *Theolog. Tolosan.*, p. 366.

584. Hæc juris Romani distinctio inter testamenta et legata, seu fideicommissa, admittitur etiam a jurisperitis nostris, quorum mentem aperire opportunum erit, ut exinde deducamur ad statum juris hodierni. Quando expendunt an testamentum irritum confirmari possit per hæredis naturalis approbationem vel executionem, dicunt

ex jure Romano distinguendum fuisse inter testamentum seu institutionem hæredis, et legata, vel fideicommissa : testamentum nulla exsecutione confirmari poterat, et semper hæres ab intestato poterat nullitatem postulare; secus vero, quoad legata et fideicommissa; quando hæres ea exsecutus fuerat, vel alio modo approbaverat, acceptante legatario, jam nullitatem opponere non poterat. Hanc autem rationem discriminis asserunt. Testamentum pendet a sola lege, ac proinde voluntas hæredis huic vim tribuere non potest : legatum vero et fideicommissum pendent a voluntate defuncti, et solemnitates juris non pertinent ad eorum substantiam, sed tantum ad probationem; quando ergo constat de voluntate, et adest hæredis approbatio, jam nihil deest. Ita FERGOLÉ, *Testaments*, t. I, c. VI, sect. III, n<sup>o</sup> 142, 144; MERLIN, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Testament*, sect. II, §. V, t. XVII, p. 606 et seq., et præsertim *Quest. de Droit*, v<sup>o</sup> eod., §. XVIII, t. VIII, p. 394 et seq.

In jure nostro, olim in provinciis juris scripti hæres naturalis per approbationem testamenti non amittebat jus postulandi nullitatem : in provinciis autem consuetudinariis, ubi testamenta non habebant nisi vim legatorum, hæres qui approbaverat vel exsecutus fuerat excidebat a jure postulandi nullitatem, quemadmodum statuebat jus Romanum circa legata. Sed qui ita judicabant non satis advertiebant apud nos non vigere principium jurisprudentiæ Romanæ, ex quo legata vim habebant a sola voluntate testatoris, modo de ea constaret, et solemnitates non pertinebant ad eorum substantiam : jamdiu enim apud nos receptum erat legata vim non habere nisi servatis solemnitatibus juris : unde hæredi non poterat deferri juramentum quoad fideicommissa, quemadmodum in jure Romano : debuisset ergo idem de legatis ferri judicium, quod de institutione hæredis ferebant jurisperiti Romani. Sed nimis firmata erat jurisprudentia, ut ejus mutatio sperari

posset. Ita MERLIN, *Répert.*, *ibid.*, p. 607, 608. Quid autem dicendum sub jure hodierno, sic explicat idem auctor, *Quest. de Droit*, p. 395. Non viget apud nos discrimen inter institutionem hæredis, et legata : ipsa legata vim non habent a sola testatoris voluntate, et requiruntur in iis eadem formæ constitutivæ ac in institutione hæredis. Quid inde concludendum? Estne apud nos ratiocinandum de institutione hæredis, quemadmodum ratiocinabantur Romani de legatis; an contra ratiocinandum de legatis quemadmodum illi ratiocinabantur de institutione hæredis? Solutio pendet ab alia quæstione, de qua magna est inter jurisperitos controversia : utrum nempe hæres obligetur naturaliter adimplere dispositionem in causa mortis irritam ex defectu formæ. Si admittatur opinio negans, poterit hæres postulare nullitatem legatorum quæ exsecutus est ex errore juris; id sequitur ex principiis codicis Civilis circa conductionem indebiti : si vero admittatur opinio affirmans, non erit locus repetitioni. In isto autem posteriori sensu plura lata sunt a tribunalibus judicia.

Cæterum ut rite percipiantur ea quæ spectant ad obligationem illam naturalem, in memoriam revocanda sunt quæ de ea jam diximus (n<sup>is</sup> 179 et 261) : quædam adhuc dicemus in decursu præsentis quæstionis.

585. — 2°. Nonnulli theologi, ut solvant quæstionem præsentem, afferunt varia juris canonici documenta, ex quibus controversiam dirimi putant. Quædam respiciunt omnia testamenta seu legata, quædam nonnisi legata ad pias causas. De utrisque nonnulla observabimus.

1. Quoad quælibet testamenta, affertur CAP. *Cum esses*, x, de *Testament.*, III, XXVI, in quo ALEXANDER III scribit episcopo Hostiensi : « Proposuisti talem in tuo episcopo patu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quæ fiunt in ultima voluntate, penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secun-

« dum quod leges humanæ decernunt. Quia vero a divina  
 « lege et sanctorum Patrum institutis et a generali Eccle-  
 « siæ consuetudine id noscitur esse alienum, cum scrip-  
 « tum sit: *In ore duorum vel trium testium stet omne ver-*  
 « *bum*, præscriptam consuetudinem improbamus: et  
 « testamenta quæ parochiani coram presbytero suo, et  
 « tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema fece-  
 « rint voluntate, firma decernimus permanere: sub inter-  
 « minatione anathematis prohibentes, ne quis hujusmodi  
 « audeat rescindere testamenta.» Quamvis quidam antiqui  
 tenuerint per hanc dispositionem irritari statuta legum,  
 utpote juri divino contraria, hæc opinio reprobatur com-  
 muniter, inquit MOLINA, D. CXXXIII, n<sup>o</sup> 3 et 4, et tenent  
 plerique S. Pontificem ita statuuisse pro terris dominio  
 temporali Ecclesiæ subjectis, qualis est civitas Hostiensis,  
 ejusque constitutionem in aliis locis vim non habere. Ne-  
 que etiam intendit formam lege civili præscriptam esse  
 contrariam juri divino; cum etiam de jure canonico ali-  
 quando requirantur plus quam duo testes, et ipse exigit  
 præsentiam parochi, quam jus divinum non exigit: vult  
 ergo tantum dicere id esse præter jus divinum, et quam-  
 dam afferre similitudinem qua constitutionem suam quasi  
 ex convenientia confirmet. Ita etiam DE LUGO, D. XXII,  
 n<sup>o</sup> 253; HAUNOLDUS, tr. VI, n<sup>o</sup> 87 et seq.; PIRHING, ad  
 tit. *de Testam.*, n<sup>o</sup> IX; SCHMALZGRUEBER, *ibid.*, n<sup>o</sup> 33 et  
 seq.; Card. Gerdil, *de Contract.*, c. VI, t. XVII, p. 376.

586. — 2. Quoad testamenta ad pias causas, citantur  
 CAP. *Indicante*, IV, *de Testament.*, III, XXVI, in quo  
 S. GREGORIUS M. declarat in omnibus adimplendam esse  
 voluntatem cujusdam fœminæ, quæ moriens concham ar-  
 genteam nudis verbis jusserat venumdari et dari libertis,  
 et scutellam argenteam cuidam monasterio reliquerat;  
 et CAP. *Relatum*, XI, *ibid.*, in quo ALEXANDER III scribit  
 iudicibus Velletrensibus: « Mandamus quatenus, cum ali-



« qua causa talis (*de relictis Ecclesiæ*) ad vestrum fuerit  
 « examen deducta, eam non secundum leges, sed secun-  
 « dum decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus testi-  
 « bus legitimis requisitis; quoniam scriptum est : *In*  
 « *ore*, etc. » Quamvis posterior iste textus, cui, utpote  
 magis expresso, innituntur auctores, respiciat territorium  
 Ecclesiæ temporaliter subjectum, ideoque a quibusdam  
 restringatur eodem modo ac CAP. *Cum esses*, de quo supra,  
 attamen communius auctores docent non ita esse restrin-  
 gendum, sed vim habere etiam extra illud territorium.  
 Hanc autem rationem afferunt, quia, inquiunt, testamenta  
 quæ spectant ad finem supernaturalem, sunt causæ spiri-  
 tuales, ac proinde non sæcularis, sed ecclesiasticæ potes-  
 tatis est de illis statuere. Quamvis principium suum ad-  
 struere non curent, nec proinde illius sensum multum  
 evolvant, videtur tamen non omnes illud eodem modo in-  
 telligere : quidam enim intelligunt hæc testamenta esse  
 rem mere spiritualem; quidam vero, esse quidem rem ci-  
 vilem et de foro principis, sed nihilominus subjectam Ec-  
 clesiæ ratione potestatis quam habet in principes sæculares  
 quando bonum animarum id postulat. Vid. MOLINA,  
 D. CXXXIV, n° 6; LESSIUS, l. 2, c. 19, n° 6; DE LUGO,  
 n° 265; PIRHING, n° XIX; SCHMALZGRUEBER, n° 48;  
 BILLUART, D. II, art. III, §. II, n° IV, t. XIII, p. 107.  
 Ita vero assertionem suam explicant, ut non alia requira-  
 tur solemnitas, quam quæ exigitur jure naturali ut valeat  
 testatoris dispositio, et de illa constet.

Hanc doctrinam impugnat DAELMAN, q. II, obs. VIII,  
 p. 139 : quia leges civiles irrita declarant omnia testa-  
 menta suis solemnitatibus destituta, absque ulla distinc-  
 tione; aliunde solemnitates illæ introductæ fuerunt ad ob-  
 viandum fraudibus, quæ locum habere possunt etiam in  
 testamentis ad causas specie tenus et non vere pias. Et  
 sane principes potuerunt irritare illa testamenta, quia

quamvis piæ causæ directe subjaceant ecclesiæ, tamen modus quo de illis disponitur subjacet principi, cum testamentum sit actus civilis. Deinde id voluerunt, ut constat ex eorum verbis. Ita etiam COLLET, n° 104, p. 773, qui observat, n° 106, talia testamenta non esse quidem ita juris principum, ut prohiberi omnino possint; sed ita tamen, ut vel quoad certas personas interdici, vel certis solemnitatibus subjici possint.

Quidquid sit, de facto constat dispositionem canonicam fuisse receptam in plerisque regionibus, sive ex consensu principum, sive ex consuetudine. Eam in Galliis viguisse asserit CABASSUT, *Jur. canon.*, l. VI, c. XX, n° VI, ubi plures affert theologos et jurisperitos: vid. etiam *Collat. Andegav.*, *Contrats*, conf. III, quest. III, t. IV, p. 471, et *Répert. de Jurispr.*, v° *Testament*, t. XVII, p. 529, in *Nota*: attamen contrarium affirmabat DOMAT, l. III, tit. I, sect. III, n° XXII, p. 404; cujus testimonio allato, concludit JUEIN, *Cas de consc.*, tr. IV, c. V, §. IV, t. I, p. 262, non constare de usu Galliæ, ideoque satius esse, juxta consilium *Theolog. Gratianopolitan.*, in quibuslibet locis eam partem sequi in conscientia quam statueret iudex, si de veritate facti ipsi constaret. Sed dubium sublatum est per edictum an. 1735, in quo declaratur, art. 78, omnia ibi præscripta applicanda esse etiam testamentis ad pias causas: unde hæc testamenta nullius esse roboris docuerunt quicumque post illud edictum scripserunt, inquit COLLET, n° 103, p. 773. Idem hodie in foro externo dicendum satis constat: et pro foro interno admittit LONGEROT, p. 73.

His allatis, certum est non raro omnino valere in conscientia ejusmodi legata, etsi formis civilibus destituta, quando nempe facta sunt ad implendam obligationem, v. g., restitutionem debitam. Idem diceremus in casu obligationis qualiscumque, licet non justitiæ strictæ, se-

cundum ea quæ diximus de donationibus remuneratoriis (n° 558) : item de dispositionibus quæ ita factæ essent in bonum animæ defuncti, ut non tam donatio censeri deberent, quam remedium ad testatoris salutem utile vel necessarium, quales essent missæ celebrandæ, in numero fortunæ illius proportionato. Uno verbo, libenter dicimus cum *Theol. Tolosan.*, p. 347, rem non esse generaliter et unica decisione dirimendam; sed unumquemque casum in particulari examinandum esse, et iudicium ferendum perpensis variis circumstantiis. Si hæc legata censeri non debeant gratuitæ donationes, sed salutis remedia, profecto solvenda erunt, quæcumque admittatur sententia circa testamenta profana : in casu contrario, maxime si legata sint immoderata, ratione habita facultatum testatoris et qualitatis hæredum naturalium, isti poterunt non magis ad solutionem cogi quam si ageretur de legatis profanis.

587. His præmissis, exponemus varias opiniones cum præcipuis argumentis quæ pro et contra afferuntur; deinde quid tenendum nobis videatur aperiemus. Loquemur primum de testamentis, quia multo plura de iis occurrunt apud auctores; deinde de donationibus inter vivos.

I°. DE TESTAMENTIS. Ad tres præcipuas reduci possunt variorum auctorum opiniones.

I<sup>a</sup> *Opinio* docet testamentum imperfectum, seu minus solemne, ut loquuntur auctores, esse validum in foro conscientiæ, sive ante, sive post sententiam iudicis. Ita post S. ANTONINUM, part. III, tit. x, cap. III, §. XIV, ex jure Romano docent MOLINA, D. LXXXI, n° 16 et seq.; LESSIUS, l. 2, c. 19, dub. 3, ubi ait, n° 14, ita sentire plerosque theologos qui hanc quæestionem attigerunt; et alii multi, quos citat FERRARIS, *Bibliot. canon.*, v° *Testamentum*, art. I, n° 45<sup>4</sup>. Sub jure Gallico, sed ante edicta

<sup>4</sup> Observant plures ex his auctoribus in ea sententia fuisse PLINIUM Secundum, l. v, ep. VII, edit. *Lemaître*, t. I, p. 294, ubi loquens de quadam dispositione testamentaria, ait : « Hoc, si jus adspicias, irri-

anni 1731 et 1735, ita docebat LA PALUELLE, *Résolution de plusieurs cas de conscience*, part. I, cas XXVII, p. 164 et seq. : sub jure novo ita docent D. BOUVIER, p. 250; D. GOUSSET, editor *Collat. Andegav., Contrats, Observat. prélim.*, n° XI, t. IV, p. 235, *Rit. de Toulon*, t. IV, p. 56, et *Code Civ. commenté*, ad art. 967, (qui tamen sententiam suam aliquatenus temperavit, *Théol. morale*, t. I, n° 796, p. 379). Hujus opinionis argumenta exponendo, ea prætermitemus quæ ex jure Romano tantum depromuntur, iis solis inhærentes quæ sub jure hodierno vim habere possunt.

588. *Argum. I. Ex ipsamet lege.* Sub triplici respectu considerari potest. 1°. Si spectetur *in se ipsa*, dici potest non respicere nisi actum seu instrumentum, non vero ipsam dispositionem. Etenim duo tantum articuli codicis Civilis allegari possunt, nempe art. 893, et 1001. Porro prior articulus, qui est communis donationibus inter vivos et testamentis, non irritat omnes donationes solemnitatibus destitutas, ut postea ostendetur, et deduci potest ex jam dictis (n° 553); ergo nec testamentarias. Nihil autem ostendit articulum 1001 latiore habere sensum. Ita D. BOUVIER, et D. GOUSSET, *loc. cit.* 2°. Si lex spectetur *in suo motivo*, ideo præscriptæ sunt variæ solemnitates, ut constaret liberam fuisse testatoris dispositionem, et ut omnis fraus et machinatio injusta præcaverentur : ergo quando constat de libera testatoris voluntate, finis legis sufficienter obtinetur. Illud confirmari posset, tum ex auctoritate plurium jurisperitorum, qui non alio modo legem et ejus motivum interpretantur : tum ex eo quod lex permittat testamentum olographum, factum absque ulla solemnitate; quod ostendit, aiebat jam olim LA PALUELLE,

« tum; si defuncti voluntatem, ratum et firmum est. Mihi autem de-  
 « functi voluntas (vereor quam in partem jurisconsulti quod sum dictu-  
 « rus accipiant) antiquior jure est. » Eodem sensu loquitur l. II, ep. XVI, p. 115.

p. 165, legem inhærere veritati potius quam solemnitatibus juris. 3°. Si lex spectetur *in suis effectibus*, docent jurisperiti hæredem naturalem qui legatum solvit, non admitti ad repetendum: porro hoc supponit exstiteris obligationem naturalem; alioquin solutio facta fuisset absque causa, et proinde repeti posset, ex art. 1235 et 1376. Et reipsa, juxta Lessium, communis est sententia juris utriusque doctorum, ex testamento minus solemniter irritam obligationem naturalem: idemque agnoscunt jurisperiti hodierni. Huic argumento multum insistebat D. Gousset, *loc. cit.*

*Reponunt* ii qui primam opinionem non admittunt,

Ad I. Quidquid sit de donationibus de quibus infra (n° 600 et seq.), certum videtur in testamentis per nullitates de quibus art. 1001 irritari, non solum instrumentum seu probationem, sed ipsam conventionem. Talis est constans jurisperitorum doctrina, et tribunalium praxis. In contractibus ordinariis, quando irritatur solum instrumentum, si aliunde sufficienter constet de conventionem, potest exigi illius executio: hinc ex art. 1318 si actui authentico subscripserint omnes contrahentes, valet ut scriptum privatum, etsi ob incapacitatem notarii vel ex defectu formæ irritus sit ut authenticus: vid. TOULLIER, t. VIII, n° 133, 134. At longe aliter se res habet in testamentis. Legatarius, scribebat idem auctor 25 aug. 1823, non potest, quando irritum est testamentum, recurrere ad aliud medium, ut probet voluntatem defuncti, nec juramentum deferre: et quamvis hæres fateretur talem fuisse voluntatem defuncti, non ideo cogeretur ad eam implendam. Satis ergo clarum est non solum instrumentum irritari. Illud magis adhuc manifestum erit ex quibusdam exemplis. Ex articulo 972, non sufficit ut notarius testamentum conscripserit, sed requiritur ut declaret se conscripsisse; vi hujus articuli, ut observat ea occasione DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 250, licet in lite proferretur testamenti autographum et agnosceretur ab iis quorum



interest actum esse irritum, iudex deberet nullitatem pronuntiare : ita iudicavit Curia suprema (et quidem *consultis classibus*) 29 julii 1805, et concilium Status 31 jan. 1806; et iterum Curia suprema 14 febr. 1808. Vid. TOULLIER, t. v, n° 423. Porro illud evidenter ostendit solemnitates non requiri probationis tantum causa.

Ad II. Probant plures ex ipsis primæ opinionis auctoribus, ut MOLINA, n° 16, LESSIUS, n° 25, legem niti præsumptione periculi, et non præsumptione facti : tum quia generatim satis constat non posse in omnibus casibus supponi fraudem ; imo nec plerumque, cum multo frequentius eveniat ut testatoris voluntas ea fuerit quæ in testamento minus solemniter exprimitur : tum quia, etiamsi evidentissime constaret nullam fraudem in casu peculiari adfuisse, nihilominus irritum declararetur testamentum : illudque agnoscit ipse D. BOUVIER, p. 252. Porro ut antea diximus (n° 148), ex communi sententia, lex fundata in præsumptione periculi effectum suum obtinet, etiamsi in casu particulari constet non evenisse malum quod timebatur, quia semper remanet fundamentum legis, nempe periculum. Nec quidquam in contrarium deduci potest ex eo quod lex admittat testamentum olographum : ideo enim admittit quia iudicavit per ea quæ exiguntur in ejusmodi testamento non minus consuli testatoris libertati quam per solemnitates actus publici ; imo multo magis, ait D'AGUESSEAU, t. III, p. 208, quem citat TOULLIER, n° 378, quia hujusmodi testamentum testatori totum tribui debet : idemque admittunt alii jurisperiti, testamentum istud anteponentes testamento publico ; CHARDON, *du Dol*, t. I, n° 158, p. 291.

Ad III. 1°. Non omnino constat an ex testamento minus solemniter vere oriatur obligatio naturalis. Magna erat ea de re inter jurisperitos ex jure Romano controversia, prout jam retulimus (n° 584), et videri potest ap. MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Testament*, §. XVIII, t. VIII,

p. 395. Vidimus tamen id communius admitti apud nos : sed pro inconcusso id tradi nequit. 2°. Fateor, inquit COVARRUVIAS, *de Testament.*, CAP. *Cum esses*, n° 9, t. I, p. 691, oriri quamdam obligationem naturalem, quæ insurgit ex honestate et debito morali (hanc gallice dicemus *de délicatesse*), non tamen eam obligationem quæ ex legis vinculo oriatur : porro hæc obligatio ex honestate naturali sufficit ad impediendam repetitionem soluti, non vero ut operetur effectum exceptionis nec retentionis, sicuti operaretur vera naturalis obligatio ex lege naturali producta. Idem ait TOULLIER, t. XI, n° 89 : juxta illum, ut solutum non possit repeti, necessarium non est ut adfuerit obligatio naturalis proprie dicta : sufficit quælibet causa rationabilis, *telle*, inquit, *qu'un motif de délicatesse ou de piété*; et in exemplum affert solutionem legati in testamento irriti inclusi factam ab hærede. 3°. Ut jam monuimus (n° 179 et 261), obligationis naturalis, qualis sumitur a jurisperitis, plures sunt effectus, quorum unum aliquando leges admittunt et alios rejiciunt. Sic fieri potest ut quis non teneatur in conscientia aliquid solvere, et tamen si solverit non possit repetere : illud satis intelligitur ex exemplo minorum. Ita *Theolog. Tolosan.*, p. 336, et 361. Ergo nihil concludi potest. Videantur etiam quæ diximus de *Exsecutione testamenti irriti* (n° 144).

589. *Argum. II. Ex principiis æquitatis.* In dubio de mente legislatoris, præsumendus non est voluisse subditis imponere onus durissimum, nisi illud sit necessarium ad scopum suum obtinendum. Atqui 1°. adest dubium de mente legislatoris. Vix enim ulla est quæstio de qua major ferveat controversia : imo opinio quæ agnoscit validitatem testamenti in conscientia videtur nunc apud jurisperitos magis recepta. 2°. Lex alio sensu intellecta imposeret onus durissimum. Nam multos, et præsertim pauperes, reponeret in impossibilitate testandi : plures enim per se-

ipsos testari non possent propter inscientiam, aut infirmitatem; unde tenerentur notarium et testes adducere pro minima donatione facienda, et sic magnam suæ substantiæ partem in expensas solvere; et si nihilominus vel una formalitas deesset testamento, sive ex incuria, sive ex ignorantia vel inadvertentia notarii, ultimæ testatoris voluntates subverterentur. Deinde teneretur legatarius, etiam quando illi omnino constat de voluntate libera testatoris, ad se spoliandum legato: porro quis non sentit hanc obligationem esse durissimam, præsertim si agnoscatur etiam ante sententiam judicis? Multi sane hanc non adimplebunt, et sic ad aliud vix lex proderit quam ad multiplicanda peccata. 3°. Illud non est necessarium ut legislator scopum suum obtineat. Nam testamentum etiam minus solemne non est in se bono publico noxium, cum supponatur non excedere portionem disponibilem, et non fieri in gratiam personæ inhabilis; igitur ad scopum legislatoris satis est ut fraudes præcaveantur: porro ab his satis deterrebuntur viri cupidi, si sciant se in foro externo nullam habituros esse actionem. 4°. Tandem valde expedit ad bonam familiæ gubernationem ut possit pater in filiis suis poena mulctare vitium, præmio donare virtutem, remunerare officia præstita. Quod autem dicitur de patre erga filios, dici potest de quolibet erga amicos, famulos, benefactores, etc. Porro nimium coarctatur illa libertas, si validitas testamenti pro foro ipso conscientiæ pendeat a tot formis per legem præscriptis. Ita DD. BOUVIER et GOUSSET, *loc. cit.*

*Reponunt* alii, nihil esse in his omnibus unde deduci possit nullitatem testamenti in forma irriti restringendam esse ad forum externum: illudque ostendere conantur variis observationibus, quæ simul inservient ad corroboranda argumenta secundæ opinionis mox proferenda.

1°. Ut judicetur de æquitate legis, spectanda non est

tantum in casu quodam peculiari, sed generatim et ante omnem eventum. Porro ex una parte, ante omnem eventum lex intellecta de nullitate in foro conscientiae cuilibet non magis nocet quam favet; si enim una vice me spoliet bono mihi legato, altera mihi tribuet quod alioquin obtinisset legatarius: ex altera, lex illa tendit ad fovendam testatorum libertatem testamentorumque sinceritatem, necnon ad impediendam familiarum spoliationem; utilitas autem illa publica anteponenda est utilitati privatæ.

2°. Si quis testari nequeat, aut invalide testetur, bona illius transmittentur secundum leges successionum ab intestato: cum autem illæ leges hanc transmissionem ordinaverint modo quem sapientiæ, æquitati, et bono communi magis consentaneum judicaverunt legislatores, incommodum allegatum tanti momenti habendum non est.

3°. Ut æquum judicium feratur, attendendi sunt varii quæstionis respectus. Jam vero si ex una parte durum sit legatario sese spoliare re legata, ex altera non minus durum est hæredi naturali bonum abjicere quod sibi lex justa adjudicat. Porro sæpe, imo sæpius evenit ut hæres sit in possessione boni, ac proinde semetipsum debeat spoliare: sed præsertim post latam sententiam profecto erit onus gravissimum, si non possit eam sequi tuta conscientia, ut docet prima illa opinio.

4°. Ex antea dictis, donationes inter vivos, imo et in causa mortis, fieri possunt absque ullo scripto circa res mobiles cum traditione. Pariter sine solemnitatibus valent donationes remuneratoriæ, vel ad testatoris salutem vere necessariæ. Porro exinde magna ex parte remonentur incommoda quæ timent primæ opinionis patroni.

5°. Præter hæc responsa generalia, hæc addi possunt quibusdam argumenti partibus specialia. 1. Nullus impediri potest a testamento conficiendo propter inscientiam vel infirmitatem, cum uti possit notarii ministerio: nec



propter paupertatem, quia impensæ testamenti sollemnis crescunt vel decrescunt secundum valorem bonorum, et minimæ sunt circa testamenta pauperum. 2. Etsi probaretur nimis durum esse ut legatarius cogatur seipsum re legata spoliare, non inde probaretur prima sententia; dici enim posset cum tertia sententia eum non teneri nisi post sententiam judicis: qua admissa, nihil certe nimis durum imponitur legatario, aut saltem multo durius esset imponere hæredi onus hæreditate se spoliandi, non obstante sententia judicis quæ eam ipsi tribuit. 3. Si lex obligationem conscientiæ non tollat, viri cupidi non satis deterrebuntur a fraudibus et machinationibus quibus testatoris libertas minuatur, ideoque conabuntur obtinere testamentum licet imperfectum, quia sperabunt hæredes satisfacturos obligationi conscientiæ. Huc redeunt quæ diximus in principiis generalibus circa nullitates (nº 150). 4. Valde expedit quidem facultas relicta patrifamilias de certa bonorum parte disponendi; sed simul expedit ne ea abuti possint viri improbi ad spoliandos hæredes naturales. Hæc duo conciliare voluit legislator, prædictam facultatem restituendo, simulque varias solemnitates præscribendo. Qui ergo vult facultate uti, servare debet solemnitates præscriptas: si eas negligat, et sic inutiliter testetur, sibi imputare debet, non legi sapientissimæ; si quando uti non possit, est incommodum privatum, quod cedere debet utilitati publicæ. Ita *Theolog. Tolosan.*, p. 362 et seq.

590. II<sup>a</sup> *Opinio*, præcedenti prorsus opposita, docet testamentum formis legalibus destitutum irritum esse etiam in conscientia, et ante sententiam judicis. Ita ex jure Romano docent COVARRUVIAS, *de Testament.*, CAP. *Cum esses*, nº 6, t. I, p. 690; VASQUEZ, *Opusc. moral.*, *de Testam.*, c. III, dub. I, nº 4; et alii multi quos citat DE LUGO, D. XXII, nº 250, qui et eos sequitur, nº 254; HAU-NOLDUS, tr. VI, nº 30; SALMANTICENSES, *de Contract.*,



ART. III. DE VI NULLITATUM FORMÆ IN CONSCIENTIA. 171

c. I, n° 51; ANTOINE, part. II, c. XII, q. II, p. 134, et editor ipsius *Theologiæ dogmat.*, t. V, p. 353; HENNO, D. VI, q. VI, art. IV, p. 326; DAELMAN, quæst. II, obs. VIII, p. 135; SCHMALZGRUEBER, ad tit. *de Testam.*, n° 39; *Theolog. Wirceburgensis, de Jure*, p. I, n° 438; multi quos citat FERRARIS, v° *Testament.*, art. I, n° 49, quibus se adjungit ille qui notas addidit, n° 67; CARTIER, *Exercitat. juris utriusque*, Exerc. XXXIII, p. 98; Card. Gerdil, *de Contractib. generat.*, c. VI, t. XVII, p. 373; ALASIA, *de Contract.*, D. I, c. VI, p. 166; testatur Card. DE LUCA, *de Donation.*, Disc. XXI, n° 8, t. VII, p. 78, hanc esse apud canonistas communioem et magis receptam: ex jure Gallico ita tenent HABERT, *de Contract.*, c. XVIII, q. 15, p. 354; *Collat. Andegav., Lois, Conf.* V, q. I, art. III, t. II, p. 257, et *Contrats, Conf.* III, quest. III, t. IV, p. 468, asserens, p. 471, post edictum anni 1735 hanc opinionem non esse simpliciter probabilem, sed certam et resolutam; *Collat. Carnutens., Restitut.*, p. 525; COLLET, n° 87, p. 768, ubi profert testimonia auctorum præcedentium; JUEIN, *Cas de conscience sur la justice*, t. I, tr. IV, c. V, §. IV, p. 246 et seq., asserens, p. 252, non adesse dubium; D. RICHARD; LABRUNIE, et alii, ut videtur, longe communius: tandem sub jure novo ita docent LOGEROT, p. 74; D. RECEVEUR, p. 200; inclinat VERNIER, n° 448 (a): e jurisperitis, ita responderunt TOULLIER, 25 aug. 1823, D. DEMANTE, 28 maii 1826, et quidam alii.

Hæc opinio duplici potissimum argumento nititur.

*Argum. I. Ex vi et motivo legum.* Lex irritans, quæ fertur ex motivo boni publici, naturaliter attingit forum conscientiæ, et actum prorsus irritum reddit, ut vidimus (n° 150), nisi contrarium aperte constet: atqui talis est lex de qua hic agimus. 1°. Fertur ex motivo boni publici, ut facile colligitur ex iis quæ prænotavimus, nempe ad

procurandam testamentorum libertatem. Ob bonum publicum pariter statuitur, prout vidimus, legem effectum suum obtinere, etiam quando constat de voluntate testatoris; quia si liceret eam eludere in eo casu, jam via aperiretur illius multiplici violationi, eo quod unusquisque cupiditate deceptus facile sibi sæpius persuaderet testamentum in sui gratiam libere factum fuisse. 2°. Nihil est quod ostendat legem istam esse restringendam ad forum externum, ut colligi potest ex dictis circa argumenta primæ opinionis. Communiter admittitur plena nullitas quando violantur leges quæ ordinant capacitatem personarum, et disponibilitatem bonorum, quamvis verbis non magis expressis ferantur: porro nulla sufficiens affertur ratio discriminis quando agitur de nullitatibus formæ. Ergo, etc.

Et vero vel nullitas fundatur in præsumptione facti, vel attingit solum instrumentum seu probationem, vel fertur ex motivo boni publici, vel boni privati. Porro duo priora ex dictis admitti nequeunt: si admittatur tertium, huc redeunt argumenta quartæ assertionis quam adstruimus ubi *de Nullitatibus* (n° 150): si dicatur quartum, testamentum erit resolubile ad nutum hæredum naturalium, quibus solis in ea hypothesi lex voluit favere, quin opus sit sententia judicis, ex dictis in assertionem quinta (n° 151); quod in idem fere recidit quoad praxim: ergo ex principiis generalibus sponte fluit nullitas plena testamenti imperfecti.

*Reponunt* alii diversimode, prout tuentur primam vel tertiam opinionem: eo enim tendunt ipsorum probationes ut evertant argumentum modo allatum. Sed hæc specialia hic adduci possunt. 1°. Lex fundatur quidem in præsumptione periculi, ideoque statuit regulam generalem et absolutam, in eo sensu quod iudices agnoscere non possint voluntatem defuncti, nisi quando exprimitur per actum talibus

formis indutum; sed non inde sequitur quod attingat forum internum. 2°. Lex quæ respicit habilitatem personarum, vel disponibilitatem bonorum, vult impedire ne dona ad talem personam transeant, vel talem summam excedant: nihil autem simile occurrit quoad nullitates formæ, quibus id solum intenditur ut constet de libera testatoris voluntate; quando igitur omnino constat, dici nequit legatarium recipere contra voluntatem legis. Hinc auctores, qui concordant circa leges de habilitate et disponibilitate, valde dissentiunt de nullitatibus formæ. Ita D. BOUVIER, p. 252 et seq.

591. *Argum. II. Ex natura testamenti.* Juxta multos theologos et jurisperitos, nonnisi a lege civili habemus potestatem testandi: atqui, hoc posito, testamentum imperfectum omni prorsus robore necessario caret. Unde enim vim suam haberet? Non a jure naturali, cum ex jure naturali testamenta condi nequeant: non a jure civili; cum enim careat solemnitatibus rigore præscriptis, et irritum a jure declaretur, non potest supponi sine contradictione jus civile vim ipsi conferre. Ergo testamentum illud est prorsus irritum ex defectu potestatis. Hoc argumento evidenter solvi quæstionem judicat auctor qui notas addidit Bibliothecæ Ferraris, *loc. cit.*: eo utuntur Schmalzgrueber, Habert, Gerdil, Vernier, D. Receveur, D. Richard, Labrunie; item Toullier in responsione manuscripta, qui et breviter illud indicat t. XI, n° 89, et magis expresse exponit in *Nota* addita 4<sup>te</sup> edit., t. VII, n° 491; D. Demante, et alii.

*Reponunt alii*: 1°. Incertum est principium quo nititur argumentum, ut jam vidimus (n° 497): ergo nihil certi ex eo deduci potest.

2°. Etiam admissio principio, dici potest valere testamentum imperfectum. Quando enim a longo tempore concessa est facultas testandi, et nova forma præscribitur, quæstio semper remanebit an princeps ita illam exigat, ut, ea sublata, tolli velit ipsammet facultatem in foro in-

terno, an vero solum intendat testamento denegari actionem in foro externo; quod ex aliis principiis erit determinandum. Illudque eo magis verum est, quod in omni sententia facultas testandi non est mere arbitraria principis delegatio, sed est ita naturæ consentanea et adeo expedit bono societatis, ut princeps eam denegare non posset absque aliqua injustitia; concipitur proinde posse principem, si velit, irritare pro foro externo tantum, et ideo investigandum esse an id velit, necne. Illud elucidari potest ex iis quæ diximus de modo discernendi leges irritantes (n° 111). Et revera non desunt auctores qui teneant testamenta non valere nisi ex jure civili, et simul doceant testamentum imperfectum habere vim in conscientia. Inter alios citari potest SCHWARZ, *Instit. Jur. natur.*, t. II, part. II, tit. II, instr. II, §. II, p. 97 et 101.

592. III<sup>a</sup> *Opinio*, inter utramque præcedentem media, docet testamenta formis legalibus destituta valida esse in foro interno ante sententiam judicis, sed post eam esse invalida, adeo ut legatarius possit legatum retinere usque ad sententiam, et tamen hæres naturalis possit postulare judicium, cui alter in conscientia tenebitur obedire. Ita ex jure Romano DOM SOTO, l. IV, quæst. V, art. III, ubi fatetur se assertionem suam apud alios non invenire, et ideo ait se paulo cunctatiorem esse ad asserendum; SANCHEZ, *Consil.*, l. IV, c. I, dub. XIV, n° 6; LAYMAN, l. I, tr. IV, c. XVII, n° 2; ad eam opinionem accedere videtur SUAREZ, *de Legibus*, l. V, c. XXXII, n° 7, quamvis vulgo afferatur pro secunda; alii multi quos citat, et quibus subscribere videtur FERRARIS, n° 52; BILLUART, D. II, art. III, §. III, p. 110; BROCARDUS, *Alphab. morale*, v° *Testamentum*, n° 122; PIRHING, ad tit. *de Testam.*, n° XIV et seq.; PIETTE, t. IV, p. 498 et 508; S. LIGUORI, qui ait hanc sententiam esse in praxi omnino sequendam, l. III, n° 927 : sub jure Gallico veteri, CABASSUT, l. VI,



c. III, n° 5, cui tamen non assentitur ejus annotator *Gibert* qui ad secundam opinionem videtur accedere; *Col-lat. Ambian.*, conf. XLII, q. VI, t. III, p. 186 et seq. : sub jure novo, D. R\*\*\*, p. 118 et seq.; *Theolog. Tolosan.*, p. 349 et seq., ubi hæc quæstio accurate et lucide pertractatur; e jurisperitis, ita respondit DELVINCOURT, et quidam alii : et ad hanc tandem accessit pro praxi D. BOUVIER, *Institut. theologic.*, edit. IV, p. 255 et 256.

Sed advertendum est varios illos auctores non eodem modo opinionem suam proponere, nec iisdem principiis inniti; quod intelligetur ex expositione præcipuorum argumentorum quæ afferri solent. Singula expendemus, quamvis nonnulla sint quæ simul stare nequeunt.

*Argum. I. Ex praxi communi.* Hoc est præcipuum fundamentum illius opinionis, juxta BILLUART, p. 112. Leges obligant eo modo quo per usum communem recipiuntur : atqui in sensu illius opinionis videntur receptæ. Nam hic est, inquit Cabassut quem alii vulgo citant, communis inter pias et timoratas personas usus, ut qui aliquid eo modo accepit se tutum credat in conscientia ante sententiam, nec quisquam ei restitutionem suadeat; ergo revera non tenetur ante sententiam.

*Reponunt* alii 1°. cum GIBERT, in hunc locum Cabassutii, praxim illam præcipue versari circa dispositiones manuales, quas lex ipsa permittit. 2°. Cum COLLET, n° 74, p. 764, quod, cum piæ ac timoratae personæ judicio directorum suorum stare soleant, diversa esse debet variorum fidelium praxis, quemadmodum variæ sunt doctorum opiniones. Uterius progrediens ALASIA, p. 168, ait : « Cum sententia nostra (secunda) sit communior, et argu-  
« mentis ita solidis innixa, ut contraria probabilis non  
« appareat, confessarii in praxi nostram sequuntur, et  
« secundum hanc consilium dant, et ideo nostra potius  
« quam aliorum sententia est praxi recepta. Si autem  
« aliqui sint, qui, terrenis rebus addicti, sine consilio



« nostræ contrariam sententiam sequantur, horum ratio  
« non erit habenda. »

593. *Argum. II. Ex illius sententiæ commodis.* Per eam tolluntur pleraque incommoda quæ in utraque præcedenti opinione reperiuntur. Nam 1°. per eam fit ut non imponatur onus durissimum, sive legatario, qui non tenetur se spoliare ante judicis sententiam, quod esset exigere ab eo actum virtutis heroicum; sive hæredi naturali, qui potest sententiam provocare et huic postea stare. 2°. Per eam satis efficaciter promovetur bonum publicum, cum sufficienter sane provideatur juribus hæredum naturalium, et tollatur motivum rationabile testatorem circumveniendi. Ergo omnia sic conciliantur.

*Reponunt alii* : 1°. Non sufficit asserere illam opinionem varia habere commoda; sed probandum esset eam esse principiis legum consentaneam, quod non ita facile ostenditur. 2°. Hæc quidem opinio satisfacit partim argumentis utriusque sententiæ præcedentis, sed non omnino, ut facile ex eorum inspectione patebit. 3°. Id præterea habet incommodi, ut solvendas habeat magna ex parte utriusque rationes. 4°. Ut ratiocinatur VASQUEZ, n° 3, hæc opinio sive spectetur ante sententiam, sive postea, est semper uni rigida, alteri benigna : ideoque, inquit, ratio Soti frivola est, nisi velit dicere durum esse ut contra voluntatem testantis hæres naturalis hæreditatem habeat; sed et ipse concedit quod saltem per judicis sententiam eam habebit, et erit in conscientia tutus; ac proinde non vitat illud incommodum.

594. *Argum. III. Ex mente legislationis nostræ.* Multæ sunt leges irritantes generaliter, quas legisperiti simul et theologi communiter interpretantur de irritatione non facta, sed facienda per judicem, cujus sententia efficit ut perinde sit ac si totum fuisset ab initio irritum; v. g., leges irritantes contractus cum minoribus initos, etc. Insuper est axioma juris in Gallia, valere actus nullos,

ART. III. DE VI NULLITATUM FORMÆ IN CONSCIENTIA. 177

donec iudex eos aut resciderit, aut invalidos declaraverit; nullitatis quippe via non habet locum, ut nemo sit iudex in sua causa : ita generatim statuit art. 1117 circa contractus ex errore, dolo, vel metu gravi initos; et in eo consentiunt theologi, saltem quoad contractus ex dolo circa accidentia, ex gravi metu, quoad contractus minorum, et plures alios. Porro nihil obstat, imo omnino conveniens est, ut hæc omnia applicentur nullitati testamentorum de quibus agimus. Ita *Theol. Tolosan.*, p. 355, 356.

Et vero licet lex irritans huiusmodi testamenta ex motivo boni publici lata sit, ac proinde pariat absolutam nullitatem, quæ invocari potest ab iis omnibus quorum interest, haud dubium quin hæres ab intestato juri suo renunciare queat, modo id non faciat in fraudem creditorum : imo sunt multi casus in quibus tenetur in conscientia renunciare, v. g., si agatur de donationibus vere remuneratoriis, vel ad testatoris salutem pertinentibus. Quotiescumque ergo nullitatem non invocat, potest sustineri testamentum ex præsumpta ratihabitione hæredis, qui, cum possit rescissionem postulare, eo ipso quod non agit, censeri debet illud approbare. Nec dicendum quod forte non agit, quia testamenti nullitatem ignorat : nam legatarius non tenetur ei nullitatem revelare cum suo incommodo; unusquisque jus suum cognoscere censetur, et sufficit ut nulla fraude testamenti vitia dictus legatarius occultet. *Ibid.*, p. 357.

*Reponunt alii* : 1°. Ex iis quæ admittuntur a theologis quoad nullitates relativas nihil concludi potest quoad nullitatem de qua agimus, quæ in ipsa objectione pro absoluta agnoscitur : id intelligi potest ex principiis expositis (n° 150 et seq.) circa nullitates in genere. 2°. Exposuimus pariter *ibid.* (n° 118 et seq.) quo sensu via nullitatis apud nos locum non habeat : inde autem nihil concludi potest. 3°. Cum legatarius nullum ex lege jus habeat ad

bona legata, non potest illud consequi nisi ex libera voluntate hæredis : hæc autem voluntas libera deduci non potest ex hæredis silentio, nisi quatenus eum illo silentio concurrat notitia sui juris ; legatarius ergo, concludebat D. Demante, silentio inniti nequit, nisi perspectum habeat hanc notitiam hæredi competere.

595. *Argum. IV. Ex variis principiis quibus nituntur varii auctores.*

I. Ex eo quod lex habenda sit tanquam *pœnalis*. Juxta quosdam, sed paucissimos, legislator vult servari tales aut tales solemnitates, quas ad bonum publicum referre judicat; qui eas negligit, culpam committit, saltem juridicam, ideoque a lege punitur : porro, ut docent theologi satis communiter, pœna gravis, præsertim quæ infligitur ob culpam mere juridicam, non obligat ante sententiam judicis, sed obligat postea.

R. Lex quæ præscribit formas in actibus servandas, non potest dici lex pœnalis : nullam culpam proprie dictam supponit omissio illarum formarum; nec etiam culpam juridicam, quæ ex dictis est omissio diligentiae debitæ, sed ex oblivione aut inadvertentia coram Deo inculpabilis. Et revera si adesset culpa, sane ex parte testatoris, quem tamen pœna non attingit.

596. II. Ex axiome juris : *In dubio melior est conditio possidentis*. Inde quidam concludunt legatarium non teneri legatum reddere, si illud possideat, donec hæres naturalis sententiam obtineat. Ita Cabassut, et præsertim S. Linguori, qui ait hoc in praxi omnino tenendum, quia antequam per sententiam judicis dirimatur controversia, omni jure potius est jus possessionis; utrumque citat *Theolog. Tolosan.*, p. 356 : ita etiam novissime D. KENRICK, episcopus Philadelphiensis in America, *Theolog. moral.*, t. II, p. 154.

R. 1°. Hæc sententia essentialiter differt a tertiâ quam

exposuimus : ea enim admissa , dicendum non erit testamentum valere in conscientia ante sententiam , sed modo valere , modo non valere : valebit , quando legatarius erit in possessione ; non valebit , si possideat hæres naturalis , qui juxta duos auctores citatos non tenetur solvere legatum ante sententiam. 2°. Non videtur hic applicari posse principium allatum. 1. Quia hic non locum habet fundamentum quo nititur , scilicet præsumptio quod ille qui possidet sit dominus. 2. Quia vel possessio locum habuerat ante mortem testatoris , vel postea incepit : in priori casu , non poterat esse nisi possessio precaria , quæ nullum jus confert ; in posteriori , cum dubium præcedat possessionem , hæc pariter nullum jus confert , et proinde ex aliis principiis solvenda manet quæstio. Ita JUVENIN , *loc. cit.* , p. 252 , 253.

597. III. *Ex obedientia sententiæ judicis debita.* Nonnulli admittentes testamentum valere ante sententiam propter rationes in prima opinione allatas , dicunt tamen esse invalidum post sententiam , quia , cum tribunalia habeant auctoritatem legalem , eorum sententiæ parendum est , nisi sit evidenter injusta , quoties sine peccato id fieri potest. Ita Delvincourt : eidem principio nititur S. Linguori.

*R.* 1°. Si admittatur , prout admittebat Delvincourt quem ideo pro sua sententia allegat D. Bouvier , si admittatur legem fundari in præsumptione facti , idem dicendum erit de sententia quæ legem applicat ; ac proinde non magis obligabit , quam si cogat solvere debitum ex falso chirographo. 2°. Quocumque modo lex intelligatur , sententia , quæ est mera illius interpretatio , eodem modo poterit explicari , ac proinde restringi sicut ipsamet lex ad forum externum.

Tales sunt variæ theologorum opiniones circa vim nullitatis testamenti formis legalibus destituti. Antequam

sententiam nostram exponamus, investigandum est quod spectat ad donationes inter vivos.

598. II°. DE DONATIONIBUS INTER VIVOS. Tres concipi possunt opiniones, quemadmodum de testamentis : et quædam sunt ex argumentis allatis circa testamenta quæ donationibus applicari possunt. Sed hic attendere potissimum debemus iis quæ sunt donationibus specialia. Quod ut assequamur, seorsim exponemus opiniones exortas sub jure Romano, et sub jure Gallico, sive veteri, sive novo.

I. Sub *jure Romano*. Existimarunt aut supposuerunt non pauci auctores non aliter ratiocinandum esse de contractibus ac de testamentis; ideoque de illis non speciatim egerunt. Ii vero qui egerunt, vel locuti sunt de contractibus inter vivos sine ulla distinctione, vel speciatim de donationibus.

1°. De *contractibus generatim*. Nullus nobis occurrit auctor qui, admittens nullitatem testamenti in foro interno, aliter sentiat de contractibus. Sed non desunt qui, nullitatem testamenti restringentes ad forum externum, non idem dicunt de contractibus. Sic MOLINA, D. LXXXI, n° 25, ait se non dubitare quoad hos veram esse opinionem Covarruviæ, etc. (n° 590) : tum quia id sonant aperte jura, nec ullum jus adest quod aliter interpretetur, ut sunt de ultimis voluntatibus; tum quia, cum unicuique contractuentium constet se vere celebrasse contractum minus solemnem, si ex eo oriretur obligatio naturalis, nullus posset eum ex hoc capite revocare; tum demum quia nullum movetur dubium de matrimonio clandestino, et eadem est ratio de aliis contractibus qui similiter declarantur ipso jure irriti. Ita etiam LESSIUS, l. 2, c. 19, n° 35. Quasdam tamen limitationes seu modificationes affert Molina; sed ostendit DE LUGO, n<sup>is</sup> 278, 279, eas rejiciendas esse, vel ita explicari posse et debere ut stet principium posi-



tum, et ex aliis principiis id obtineatur quod in casibus peculiaribus æquitas postulare videtur.

2°. De *donationibus speciatim*. De iis agunt theologi et canonistæ occasione insinuationis, ut jam vidimus (n° 551). Porro citatur Rebellus, qui docuit in conscientia neque donatarium teneri rem donatam restituere, neque posse donatorem rem repetere : quia lex fundatur in præsumptione fraudis ; si ergo fraus non adfuerit, valet donatio.

Sed illud contra omnium sensum dictum est, inquit DE LUGO, D. XXIII, n° 157 : nemo enim id docuit, nec in praxi secutus est ; sed omnes fatentur posse donatorem repetere excessum sine insinuatione donatum, atque ad id saltem jus habere ex lege. Ita MOLINA, t. II, D. CCLXXVIII, n° 26, 27 ; LESSIUS, l. 2, c. 18, n° 99 ; HAUNOLDUS, t. III, tr. IX, n° 162 ; PIRHING, ad tit. *de Donation.*, n° VII, et SCHMALZGRUEBER, n° 47. Ratio est, quia præsumptio fraudis cui lex innititur non est præsumptio facti, cum donatio irrita declaranda sit a iudice, etiamsi constaret non adfuisse fraudem ; sed est præsumptio periculi. Insuper est aliud motivum, ut vidimus, nempe ne profusis donationibus cives depauperentur, cum damno reipublicæ, cujus interest cives habere locupletes.

Dixi *Saltem jus habere donatorem ad rem repetendam*, quia si vellemus inhærere apicibus juris, inquit HAUNOLDUS, n° 161, dicendum esset donationem esse absolute nullam, ac proinde donatarius teneretur restituere, etiam ante repetitionem donatoris : sed communis interpretum sensus est, nullitatem esse veluti conditionatam, *Si donator revocaverit*, ideoque posse donatarium rem retinere donec repetat donator. Ita auctores allati, et alii communiter : hæc est, juxta illos, recepta consuetudo, qua se potissimum moveri asserit Haunoldus ; qui tamen, n° 162, id confirmat ex l. 34, COD. VIII, LIV, *de Donation.*, in cujus præmio dicitur quantitatem quæ intra legis termi-

nos constituta est *in suo robore perdurare*; quæ verba indicare videntur donationem quoad excessum non simpliciter annullari, sed tantum fieri revocabilem.

599. II. Sub *jure Gallico veteri*. Quo sensu exigeretur insinuatio in foro externo jam vidimus (nº 551). Porro hujus defectum inducere nullitatem donationis in foro interno, docebant theologi. Sic modo absoluto dicunt *Collat. Andegav., Contrats*, conf. II, quest. II, p. 347, COLLET, c. XV, nº 108, p. 741, donationem non insinuatam nullius esse roboris: quod certe intelligunt etiam de foro interno. Sed et alii id magis expresse asserunt: ita PONTAS, vº *Insinuation*, cas I; JUEVIN, t. I, tr. VI, c. II, p. 364, ubi tamen ait ex usu donationem non haberi ut irritam, nisi quatenus donator vel illius hæres eam revocant, vel rem donatam repetunt.

600. III. Sub *jure Gallico novo*. Duplex exorta est opinio.

Iª *Opinio* docet donationes formis legalibus destitutas nihilominus validas esse in foro conscientiae. Ita non solum qui idem dicunt de testamentis, v. g., D. BOUVIER, D. GOUSSET, qui id pro longe magis certo habent quoad donationes inter vivos, imo exinde argumentum desumunt quoad testamenta; sed et plures ex illis qui aliter sentiunt de testamentis; LOGEROT, p. 60; D. R\*\*\*, p. 110; D. LYONNET, p. 130; D. ROUSSELOT, *Theolog. Sættler*, t. III, p. 512; et e jurisperitis, TOULLIER, tum in responsione inss., tum in nota jam memorata, t. VII, nº 491; D. DEMANTE.

Hujus opinionis duplex profertur argumentum.

1º. Ex *discrimine inter testamentum et donationem inter vivos*. Ideo præcipue omnino irritum est testamentum, quia facultas testandi est a jure civili; quod non censetur hanc conferre, nisi serventur formæ legales. Idem autem dici nequit de donatione inter vivos: facultas donandi est

a jure naturali ; modo igitur adfuerit verus consensus efficiendi donationem , id est , donandi irrevocabiliter , ex eo exsurgit obligatio naturalis. Ita jurisperiti citati : nec abnuvit D. RECEVEUR , p. 189 et 190 , qui vult donatorem teneri , non vero ejus successorem , qui nullo contractu naturali ligatur ; quod tamen , licet a D. Rousseiot approbatum , non satis consequenter dictum putamus , cum obligationes auctoris ad successorem transeant.

2°. *Ex sensu legis* formam donationum præscribentis. Declarat art. 893 valere non posse donationem nisi fiat forma infra determinanda. Porro quænam est illa forma ? Art. 931 et 948 , in quibus determinatur , loquuntur tantum de actu seu instrumento donationis , non vero de ipsa donatione , ut jam ex ipsis textibus , et ex judicio omnium jurisperitorum ostendimus (nº 553). Ergo nullitas non attingit nisi instrumentum ; id est , sine forma indicata confici nequit instrumentum donationis obtinens actionem in foro civili. Et revera illud sufficit ad obtinendum scopum legislatoris. Nam voluit ut aperta essent dominia , et præcaverentur fraudes. Porro per irrationem in foro civili obtinet hunc finem : quia quicumque donationes immobilium acceperunt recurrunt serius ocius ad formas præscriptas , ut secure frui possint ; sed nemo habitus est ut possessor illegitimus , quia rem sibi donatam possedit ante has formas impletas. Ergo verba legis , scopus legislatoris , et praxis communis ostendunt ex formarum defectu non irritari in conscientia ipsam donationem. Hinc , ut vidimus , coram ipsa lege pro validis agnoscuntur donationes manuales , et donationes simulatæ , quamvis careant formis ad donationem præscriptis : quod ostendit eas formas non spectare ad ipsam donationis substantiam , sed tantum ad instrumentum.

601. IIª *Opinio* docet donationes formis legalibus destitutas invalidas esse etiam in foro conscientiae , saltem post

sententiam judicis. Hanc strenuè propugnat *Theolog. Tolosan.*, p. 331 et seq., his argumentis.

1°. *Ex natura formalitatum* quæ requiruntur in donatione. In cæteris contractibus, qui dicuntur non solemnes, formalitates non requiruntur nisi probationis causa; unde si deficient, suppleri possunt aliis probationibus: et licet tales conventiones probari nequeant, si a contrahentibus agnoscantur, judex debet earum executionem præscribere, modo legibus aut moribus non repugnent. In donationibus autem formalitates requiruntur solemnitatis causa; unde si deficient, nullatenus suppleri possunt; et nullitas tam absoluta est, ut nullo actu confirmatorio tolli possit ex art. 1339, imo neque ipsa donationis executione voluntaria ex parte donatoris, juxta longe communiozem et magis receptam sententiam (n° 138). Atqui posito tanto discrimine, dici nequit formas donationum non pertinere nisi ad probationem. Ergo, etc.

2°. *Ex scopo legislatoris*. Legislator, præterquam quod non cupiebat favere huic disponendi modo, voluit præsertim firmare donationum inter vivos irrevocabilitatem, prout jam diximus: ideo non præscripsit has formas pro donationibus manualibus, vel simulatis, quia in his satis providetur irrevocabilitati, prout pariter diximus; sed illas præscripsit pro donatione rerum immobilium, vel mobilium quæ in donatoris possessione remanent, quia alioquin talis donatio non esset irrevocabilis ex parte vel donatoris vel donatarii. Porro si valerent hujusmodi donationes in conscientia, scopus legislatoris non attingeretur: donatio pro libito revocari posset, et maximæ confusioni locus esset in transmissione bonorum quæ regulas tam certas exigit. Ergo, etc.

3°. *Ex eversione fundamenti alterius opinionis*. In eo præsertim nituntur auctores primæ opinionis, quod lex non loquatur de qualibet donatione, sed tantum de *actu*

*donationis*. Atqui nihil exinde deducere possunt. Nam scopus legislatoris per hanc verborum conceptionem fuit intactas servare donationes indirectas, et præsertim donationes manuales. Sed inde concludi nequit non attingi alias donationes. Etenim in gravissimum errorem lapsi sunt DD. Bouvier et Gousset, arbitrantes donationes manuales existere posse absque traditione reali, et docentes hanc traditionem in foro externo tantum esse necessariam; quippe sine traditione reali donatio manualis concipi nequit, sive in foro externo, sive in interno: igitur quando fit traditio realis, adest donatio manualis, quæ valida est, absque ulla solemnitate, in utroque foro; quando autem non adest traditio realis, non est donatio manualis, sed donatio quæ attingitur per dispositionem legis. Idem proportionem servata dici posset de donationibus indirectis. Uno verbo, lex triplicem formam, si ita loqui fas est, admittit; traditionem realem, ubi agitur de bonis mobilibus; formam alterius contractus validi, ubi de donationibus indirectis; denique formam specialem donationum: sufficit quælibet ex iis formis; sed inde concludi nequit valere donationem, quando tres simul deficiunt.

4°. *Ex doctrina veterum theologorum.* Docebant fere unanimiter, ut vidimus, ex defectu insinuationis requisitæ invalidam effici donationem etiam in foro conscientiæ, licet absque vi vel fraude concepta fuisset. Porro quæ dicebantur de insinuatione applicationem accipiunt in solemnitatibus præscriptis. Ergo, etc.

Diximus, in expositione opinionis, *Saltem post sententiam judicis*, quia docet idem theologus Tolosanus donatarium posse in conscientia rem donatam retinere, donec donatio per judicis sententiam irritata fuerit: quod deducit tum ex doctrina auctorum et praxi communi, tum ex jure possessionis, tum ex argumentis allatis in simili quæstione quoad testamenta.



602. Post expositas varias opiniones auctorum, quarum quælibet inniti videtur argumentis probabilibus, non tamen invictis, superest ut mentem nostram aperiamus.

I. Nobis visum fuerat, discrimen esse reponendum inter donationes inter vivos, et testamenta: et docueramus nullitatem donationum quæ carent formis legalibus restringendam esse ad forum externum. Verum re melius perpensa, et attentis argumentis quæ mox e *Theolog. Tolos.* attulimus, a priori opinione nostra recedimus, et existimamus non adesse rationem sufficientem restringendi ad forum externum nullitatem donationum, potius quam testamentorum. Etenim 1°. non sufficit ratio desumpta ex eo quod facultas testandi oriatur a jure tantum civili, non vero facultas donandi. Etenim etiam admissio principio, potuit legislator non irritare testamentum nisi pro foro externo, prout dictum est in expositione illius argumenti (n° 591); potuit contra donationis nullitatem extendere ad forum internum: igitur expendendum superest ex aliis argumentis quænam vere fuerit illius intentio. 2°. Non probatur formam in donationibus præscriptam spectare tantum ad instrumentum, seu eo tantum dirigi ut de donatione constet; contra videtur esse de donationis substantia: ergo nihil est ex quo possimus de donatione aliter ratiocinari ac de testamento. De utroque ergo simul loquemur, investigando quænam e tribus opinionibus expositis circa testamenta anteponenda sit, et quousque extendenda sit ea quam amplectendam judicaverimus.

603. II. Tertia opinio, quæ tenet nullitatem respicere forum internum post sententiam judicis, non antea, hæc, inquam, opinio, licet primo intuitu æquitati videatur satis consentanea et in praxi satis multa commoda habere, non videtur admittenda, saltem si stricte intelligatur, utpote legi et naturæ auctoritatis quam exercet iudex minus consentanea.

1°. Minus congruit *legi*. Nam 1. si consideretur illius *motivum* generale, scopus illius longe melius attingitur, si non exigatur sententia judicis, ut evolvimus in quarta assertione de nullitatibus generatim (n° 150). 2. Si consideretur *tenor* legis, idem apertius apparebit. In novis legibus nihil speciale invenimus, eo quod motiva in iis non exhibeantur, et discussiones potius versatæ fuerint circa quamlibet dispositionem peculiarem, quam circa mentem generalem legislatoris. Sed recurrere possumus ad edicta anni 1731 et 1735, unde constat legem nostram, paucis exceptis, varia sua statuta hausisse. Porro in præambulo prioris edicti, Rex explicans qua mente velit de variis successive materiis aliquid certum decernere, hæc habet : « Le principal objet des lois est de prévenir les procès, en-  
« core plus que de les terminer ; et la route la plus sûre  
« pour y parvenir, est de faire régner une telle conformité  
« dans les décisions, que si les plaideurs ne sont pas assez  
« sages pour être leurs premiers juges, ils sachent au moins  
« que dans tous les tribunaux ils trouveront une justice  
« semblable à elle-même par l'observation constante des  
« mêmes règles. » Et in præambulo edicti de testamentis sic concludit : « C'est ainsi qu'en éloignant tout ce qui  
« peut rendre les jugements incertains et arbitraires, nous  
« remplirons le principal objet de la loi, qui est de tarir,  
« autant qu'il est possible, la source des procès, d'affermir la tranquillité et l'union des citoyens. » Ex his sequitur, saltem ut nobis videtur, a mente legis eos recedere qui exigunt judicis sententiam, ut nullitas effectum suum producat in conscientia. 3. Si consideremus legem in suo *effectu*, durum est quidem ut legatarius teneatur seipsum spoliare, non exspectata sententia : hoc tamen sufficiens non videtur ad adstruendam tertiam sententiam. Nam sæpe non possidet legatarius, bene vero hæres naturalis; ac proinde tunc non existit illud incommodum.

Deinde hic non agitur de damno patiēdo, ut loquuntur auctores, sed de lucro impediēdo; id est, legatarius non privatur bono jam obtento, solummodo impeditur a bono acquirendo: porro istud est longe minus durum, et supponere videntur theologi, ubi agunt de legibus pœnalibus, non esse æquitati contrarium ut lex istud efficiat etiam ante sententiam judicis. Et revera illud admittunt ii quos impugnamus, quando agitur de legibus quæ respiciunt capacitatem personarum aut disponibilitatem bonorum, licet idem incommodum reperiatur. Tandem non esset forsā impossibile duritiem illam minuere, per sententiam mediam, de qua mox dicemus.

2°. Illa tertia opinio minus congruit *naturæ auctoritatis quam exercet judex*. Sententia judicis est mere declaratoria, ut jam vidimus; non constituit, sed pronuntiat nullitatem vi legis existentem, nec jus novum confert litigantibus: ergo et nullitas et jura partium existunt independentēter a sententia; ergo nisi dubia sint, non opus est ad illam recurrere; ergo ille contra quem debet pronuntiari non potest rem retinere donec pronuntiata fuerit. Ita ratiocinabantur contra Soto plures ex auctoribus allatis.

Reponit quidem *Theolog. Tolosan.*, p. 367 et seq., 1°. per hanc opinionem satis obtineri duplex motivum legis: primum quidem, quod est prævenire fraudes; quia facultas concessa hæredibus naturalibus provocandi sententiam satis deterrebit viros improbos a machinationibus et dolis; et medium efficacius adhiberi non posset, quin exigeretur actus heroicus, et a modo quo leges hujusmodi communiter sunt receptæ alienus: secundum etiam, quod est lites præripere, quia si legatarius sit vir probus, et vitia testamenti clare cognoscat, abstinebit a lite quam pravis mediis defendere nollet, et ex qua nonnisi gravamen consequeretur; si autem sit improbus, parvi-pendet obligationem conscientiæ. 2°. Hanc opinionem congruere

legi quoad ejus effectus : quia si legatarius possideat , non debet cogi ad se spoliandum ante sententiam ; si vero non possideat , parvi refert an lex irritet ante vel post sententiam , quia in utroque casu hæres naturalis manet in possessione , nisi malit testamentum exsequi , et tunc nullus oriri potest. 3°. Tandem eam opinionem congruere pariter naturæ auctoritatis quam judex exercet : quia testamentum non dicitur omnino validum usque ad sententiam , sed tantum in eo sensu quod legatarius , si possideat , non teneatur sese spoliare ; non ergo tollitur omnino omnis obligatio naturalis , sed redditur infirma et rescindibilis per sententiam : hoc autem posito , verum remanet sententiam esse declaratoriam , et non constituere , sed declarare nullitatem.

Verum licet hæc omnia suo robore non careant , nobis non videntur sufficere ad adstruendam tertiam opinionem *stricte intellectam* , ut diximus , id est , quatenus propugnaret exspectandam esse sententiam , prout propugnat D. R\*\*\* , p. 122 , 123 , juxta quem lex intendit ut interveniat sententia , etiamsi jus sit evidens. Sed non ita intelligere videtur *Theolog. Tolosan.* , p. 357 et 358 , et p. 369 : juxta illum , quando hæres naturalis urget invaliditatem testamenti et hæreditatem repetit , legatarius tenetur in conscientia restituere ; et reipsa , ut ait , quam utilitatem perciperet in exspectatione sententiæ , qua semel lata , teneretur rem restituere cum fructibus et impensis judiciariis ? Porro hoc admittere , est deserere tertiam opinionem *stricte intellectam* , et exigere tantum aliquod temperamentum secundæ opinioni , de quo quid sentiendum mox expendemus.

604. III. Rejecta tertia opinione , eligendum est inter primam et secundam. Porro inspiciendo utriusque argumenta , nobis videtur primum argumentum primæ opinionis , desumptum ex ipsamet lege ( n° 588 ) , et secundum

secundæ, desumptum ex natura testamenti (n° 591), solvi modo valde probabili, nec iis proinde multum insisteri posse; si vero inspiciantur quæ supersunt argumenta, rationes quæ militant in favorem secundæ opinionis nobis videntur validiores, et principiis theologicis magis consentaneæ : unde probabilius judicamus testamentum imperfectum irritum esse, etiam in foro conscientiæ, et ante sententiam judicis.

Sed, etiam admissa illa opinione, adhuc inquirei potest, an sit omnino irritum, an vero tantum rescindibile ad nuntium hæredum naturalium? Si dicatur omnino irritum, legatarius, licet ipse solus vitia testamenti cognoscat, non poterit adire hæreditatem, vel jam obtentam retinere, nisi præsumat donationem liberam hæredum naturalium, sed tenebitur restituere ante omnem petitionem. Si vero sit tantum rescindibile, legatarius hæreditatem sine vi et fraude consecutus, poterit expectare petitionem hæredis naturalis; nec tenebitur vitia manifestare, sufficiet ut nulla fraude aut via injusta ea occultet : sed simul hæres naturalis qui hæreditatem possidebit, non tenebitur etiam ante sententiam eam tradere, sed poterit uti beneficio legis; quia qui potest juste repetere, potest a fortiori juste retinere. Nihil aliud exigunt plures e patronis tertiæ opinionis : ita BROCARDUS, n° 123, 124; *Collat. Ambian.*, p. 187 et seq., et, ut vidimus, *Theolog. Tolosan.*

Porro illud favet posteriori isti modo, quod 1°. nullitas videatur instituta præcipue in gratiam hæredum naturalium, ideoque tolli possit per eorum confirmationem : ita docet MERLIN, *Répert.*, v° *Nullité*, §. III, n° XII, t. XI, p. 651, et v° *Testament*, sect. II, §. v, n° I, t. XVII, p. 598. 2°. Quod sic mitigetur quod durius videri potest in secunda opinione.

Sed ex altera parte, 1°. illa nullitas invocari potest non a solis hæredibus, sed ab iis omnibus quibus actus oppo-



neretur, ut jam diximus post DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 252 et 589, et vidimus admissum ab ipso *Theolog. Tolosan.*, p. 332, 357 : quod ostendit eam non respicere tantum hæredum utilitatem. 2°. Esto quod lex voluerit favere hæredibus naturalibus, attamen motiva præcipua et directa videntur fundari in bono publico, ut ex dictis colligi potest. Igitur eo deducere videtur rigor principiorum, ut testamentum imperfectum habeatur ut omnino irritum.

Attamen, omnibus pensatis, non refugeremus ab admit-tendo temperamento, quod æquitati, et communi praxi satis consonum, non videtur alienum a mente legislatoris. Cum certum sit donationem aut testamentum, quantumvis irrita ob formas neglectas, ratihaberi posse ab hærede donatoris vel testatoris, si iste nullitatis conscius jure suo non utatur, profecto securus esse potest legatarius; a fortiori, si dona-tionem vel testamentum exsequatur. Porro legatarius ge-neratim loquendo præsumere potest hæredem conscium esse nullitatis, quia solent homines in rebus hujusmodi non levem adhibere diligentiam. Ergo superesse posset tantum difficultas pro casu quo legatario meraliter constaret de ignorantia, seu errore hæredis naturalis; qui casus satis raro eveniet. Jam vero hoc casu posito, dici potest adhuc securum esse posse legatarium, modo nec dolo nec alia injusta via occultet testamenti vitia, quia unusquisque debet juribus suis prospicere, ac proinde si jura sua non cognoscat hæres naturalis, sibi imputare debet.

605. Quid vero dicendum, si testator ab hærede natu-rali obtinuerit promissionem tradendi legatum, etiamsi testamentum esset irritum? — Respondet *Collat. Andegav.*, *Contrats*, conf. III, q. III, p. 470, contra JUVENIN, t. I, tr. IV, c. V, §. IV, p. 263, hanc promissionem esse generatim irritam. 1°. Quia conventio privata derogare nequit dispositioni legum. 2°. Quia si validitas semel ad-mitteretur, jam præberetur medium facile eludendi leges :

moribundi enim facile hanc promissionem ab hæredibus obtinerent, et sic alia via obtineretur quod lex sapienter voluit impedire.

Dixi tamen *Generatim*, quia si testator abstineat a conficiendo aut mutando testamento, vel ab inscribendo tali legato, præcise propter hanc promissionem hæredis, docet idem auctor, p. 518, istum teneri ad eam implendam : 1°. quia nonnisi ea conditione hæreditatem accepit; 2°. quia per promissionem impedivit testamenti confectionem aut mutationem : porro tale impedimentum habendum esset ut injustum erga legatarium, nisi iste repone retur in eodem statu in quo alioquin fuisset.

De eadem promissione agentes jurisperiti, eam pariter habent pro irrita. At non ita consentiunt circa exceptionem allatam. Docere videtur GRENIER, n° 147, eum qui per promissionem impedivit testamenti confectionem, teneri ad indemnem servandum legatarium, et in eo sensu profert judicium curiæ Taurinensis, quod habet etiam TOULLIER, t. v, n° 666, p. 626, tanquam consentaneum principio æquitatis sancito per art. 1382 codicis Civilis, ex quo omne factum hominis quod alteri nocet, obligat eum cujus culpa accidit ad damnum reparandum. Attamen judicium illud curiæ Taurinensis irritum declaratum est a Curia suprema, juxta conclusiones procuratoris MERLIN, qui totam causam fuse discutit *Répert.*, v° *Testament*, sect. IV, §. III, t. XVII, p. 644 et seq. : ratio hæc affer tur, quia admissio talis promissionis robore, jam induceretur modus vim conferendi testamentis verbalibus destitutis forma per legem præscripta : ut evolvit MERLIN, p. 655, promissio hujusmodi haberi nequit ut impedimentum testandi, neque ut dolus erga testatorem adhibitus; quia testator scit, aut scire præsumitur, promissionem nullam vim habere coram lege, nec proinde potuit per eam removeri a testamento conficiendo. Idem ait CHARDON, du

*Dol*, t. 1, n° 175, addens fieri posse ut promissio sincera fuerit, licet postea promittens renuat eam adimplere. His non obstantibus, existimamus in foro interno promittentem teneri ad indemnem servandum legatarium : nam si faciendo promissionem intendebat eam non implere, dolum admisit, ut observat GRENIER, n° 147 bis, *Supplém.*, p. 61, et via injusta alterum impedivit a consecutione boni, proindeque ad reparationem tenetur; si vero sincere promisit, culpam quidem non admisit, sed eam admitteret propositum mutando, et sic verum damnum inferendo ei qui legatarius alioquin institutus fuisset. Ita docet novissimus editor *Collat. Andegav.*, loc. cit., p. 518.

#### ART. 4. *De revocatione donorum.*

606. Seorsim loquemur de donationibus inter vivos, et de testamentis.

##### §. 1. *An et quibus de causis revocari possit donatio inter vivos.*

607. Quamvis, ut pluries dictum est, donatio inter vivos sit generatim irrevocabilis, imo hæc irrevocabilitas magni sit momenti coram lege, adsunt tamen quædam exceptiones, quæ ad quatuor reduci possunt : 1°. in casu stipulationis; 2°. ob inexsecutionem conditionum; 3°. ob ingratitudinem; 4°. ob supervenientem prolem : primam non recenset art. 953 inter causas revocationis, quia, ut observat DURANTON, t. VIII, n° 534, per eam non præcise revocatur donatio, quæ obtinet integrum effectum suum; est tantum conditio resolutoria : de ea tamen hic loquimur propter analogiam.

I°. *De stipulatione quæ dicitur DROIT DE RETOUR.* Jus illud olim locum dabat multis difficultatibus, ut exponit GRENIER, n° 26 et seq. Has sustulit codex Civilis, ex quo admittitur, sicut olim, duplex jus reversionis. Alterum

dicatur *legale*, quia defertur a lege, per modum scilicet successionis. Statuitur art. 747, qui januam aperit multis controversiis, ut observavimus in *Tr. de Justitia* (n° 513). Alterum vocatur *conventionale*, de quo solo hic agendum habemus.

Itaque ex art. 951, potest donator stipulari bona donata ad se reversura esse, sive in casu mortis solius donatarii, sive in casu mortis donatarii et posterorum ejus. De quo hæc observare sufficiat.

1°. Clausula illa non præsumitur, sed requiritur *stipulatio expressa* : et ex verbis deducitur quousque extendenda sit. Sic 1. si mentio fiat tantum mortis donatarii, locum habebit reversio, licet relinquat liberos, quia, inquit TOULLIER, n° 286, GUILHON, t. II, n° 868, et COIN-DELISLE, ad art. 951, n° 7, signum est donatario soli favere voluisse donatorem. Alii tamen dicunt donationem transire ad liberos, nisi expresse exclusi fuerint : vid. GRENIER, n° 32; VAZEILLE, ad art. 951, n° 2. Sic 2. si donator stipulatus fuerit reversionem, posito quod donatarius moriatur sine liberis, locum non habebit si liberos relinquat, licet ipsi moriantur ante donatorem. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 278; TOULLIER, n° 286; GRENIER, n° 31; DURANTON, n° 491; GUILHON, n° 873; COIN-DELISLE, n° 15. Contradicit tamen VAZEILLE, n° 4, quia plerumque satis constat donatorem voluisse seipsum præferre omnibus, exceptis donatario et liberis. Sic 3. quamvis doceant DELVINCOURT, p. 277, TOULLIER, n° 291, GRENIER, n° 39, VAZEILLE, n° 8, GUILHON, n° 879, POUJOL, ad art. 951, n° 4, locum esse reversioni in casu mortis civilis, illud in dubium revocat DURANTON, n° 490, quia quando contra-hentes loquuntur de morte simpliciter, intelligunt mortem naturalem : illudque non omnino improbabile judicat COIN-DELISLE, n° 20, qui ultimate concludit solutionem pendere posse a circumstantiis.

2°. Clausula reversionis apponi nequit nisi *in gratiam donatoris*; ita art. 951 : quia alioquin esset substitutio prohibita. Sed quæstio est, utrum si clausula apponatur simul in gratiam alterius, irrita sit etiam quoad ipsum donatorem, et utrum irritam reddat totam dispositionem? Affirmat DELVINCOURT, p. 278, quia est tunc vera substitutio, ac proinde applicandus est art. 896. Ita etiam GUILHON, n° 875. Idem admittit GRENIER, n° 34, et fusius apertiusque n° 34 *bis*, *Supplém.*, p. 21 et seq., quando donator ita stipulatur reversionem, ut, si moriatur ante donatarium, res ad illius hæredes redire debeat quando iste morietur. Attamen contrarium judicavit Curia suprema, 3 jun. 1823, pronuntians irritam esse solummodo clausulam art. 951 reprobata, non autem irritam efficere dispositionem, sed pro non scripta haberi ex art. 900. Judicium illud approbat DURANTON, n° 93 et 487. Quidquid sit, satis certum videtur quod docet GRENIER, p. 26, si reversio locum habere debeat in gratiam donatoris et alterius, sed tantum posito quod donator supervixerit donatario, non esse substitutionem, et applicari solummodo art. 951. Vid. hæc satis fuse discussa ap. COIN-DELISLE, n° 24-29.

3°. Reversio fit *pleno jure*, ex DELVINCOURT, p. 279, nec opus est ad judicem recurrere. Aliter sentit TOULLIER, n° 292, juxta quem hic applicandus est art. 1184, cum clausula reversionis æquiparanda sit cæteris conditionibus resolutoriis : sed, ut videtur non satis merito; vid. VAZEILLE, ad art. 952, n° 6. Fructus debentur a die quo impleta est clausula.

4°. Reversionis *effectus* est ut corruat donatio, et bona donata ad donatorem redeant libera a cunctis oneribus et hypothecis a donatario impositis, salva hypotheca dotis et conventionum matrimonialium, si alia mariti bona non sufficiant, et donatio ei facta sit in eodem contractu ex



quo fluunt supra dicta jura et hypothecæ; art. 952. Si tamen per ipsam reversionis clausulam conventum fuisset bona non fore subjecta hypothecæ uxoris, valeret conventio. Ratio enim cur lex a principio generali excipiat hypothecam uxoris, est quia alioquin deciperetur familia uxoris quæ bona donata habuit ut dotis assecurationem; porro non applicatur hæc ratio, si adfuerit expressa conventio de qua loquimur. Ita DELVINCOURT, p. 279; GRENIER, n° 38; TOULLIER, n° 289; COIN-DELISLE, ad art. 952, n° 10.

608. II°. *De revocatione propter INEXSECUTIONEM CONDITIONUM.* Hic non agitur de conditione suspensiva; si hæc non impleatur, non præcise revocatur, sed deficit donatio, ut ex ipsa notione deducitur. Intelliguntur ergo variæ obligationes quæ impositæ fuerunt donatario tanquam conditio donationis. Si eas non impleat, resolvitur donatio: in eo casu, ut diximus supra (n° 487), est veluti contractus synallagmaticus, ac proinde applicatur art. 1184. Hinc, ut etiam diximus *ibid.*, liberum non est donatario abdicando donationem se subtrahere ab illis conditionibus.

Illa revocatio non fit pleno jure; sed tantum conceditur donatori jus eam postulandi. Ita art. 956, 1184: unde, ut aiunt GRENIER, n° 209, et COIN-DELISLE, ad art. 953, n° 3, p. 271, donatio dici debet revocabilis, potius quam revocata, quia nempe lex intendit præcipue utilitatem donatoris. Actio autem ipsi concessa debet durare triginta annis, juxta DELVINCOURT, p. 282; quia aliud tempus non assignatur; nec applicari potest art. 1304, quia non agitur de rescissione contractus, sed de exsequenda clausula contractui apposita: ita etiam DURANTON, n° 552, et MALEVILLE (ad art. 957), cui tamen videtur paulo longius hoc spatium. Facta vero revocatione, bona redeunt ad donatorem libera ab omnibus oneribus et hypothecis ex parte donatarii; ita ut vindicari possint adversus illos

ART. IV. DE REVOCATIONE DONATIONUM INTER VIVOS. 197

qui ea quocumque titulo detinent; art. 954. Ratio est, quia donatarius non potuit transferre nisi jura quæ habebat. Neque hic excipitur hypotheca uxoris, ut in casu reversionis : debuit enim familia cognoscere conditiones, ut ait DELVINCOURT, p. 281.

609. III°. *De revocatione ob INGRATITUDINEM.*

1°. Lex ipsa casus assignavit in quibus locum habet revocatio : sed illorum practica applicatio pendet a circumstantiis, et relinquitur prudentiæ judicis, ut observant GRENIER, n° 211, TOULLIER, n° 330, et COIN-DELISLE, ad art. 955, n° 3.

Primus casus est, si donatarius vitæ donatoris insidiatus fuerit; art. 955. Differt ille articulus ab art. 727, qui est de indignitate ad succedendum, in eo quod in casu præsentis non requiritur ut lata fuerit sententia.

Secundus casus est, si manus in donatorem injecerit, vel gravibus injuriis illum affecerit. Exigunt auctores injurias *atroces* : sed illud est intelligendum relative. Dispositionem legis extendit DELVINCOURT, p. 284, ad injurias erga uxorem aut filios donatoris; deduci potest per analogiam ex art. 1113 : quod tamen pendere potest ex circumstantiis; vid. VAZEILLE, ad art. 955, n° 4, COIN-DELISLE, n° 10. Nec requiritur ut facta quæ imputantur sint falsa; ex divulgatione factorum, etiamsi vera sint, potest exoriri injuria satis gravis : *ibid.*, et TOULLIER, n° 332, GUILHON, n° 714.

Tertius casus est, si donatarius alimenta donatori denegaverit. Si stipulatio facta fuerit de alimentis, tunc applicantur quæ dicta sunt circa inexsecutionem conditionum : si non adfuerit stipulatio, quandonam denegatio det locum revocationi colligi poterit ex circumstantiis; GRENIER, n° 213; VAZEILLE, ad art. 955, n° 6; COIN-DELISLE, n° 13 et seq.

2°. *Motivum* legislatoris, statuendo hanc revocationis

causam, fuit punire donatarium ingratum; TOULLIER, n° 322; GUILHON, n° 742.

Hinc 1. non producit effectum pleno jure, sed pronuntianda est a judice; art. 956. Ex art. 957, revocatio postulari debet intra annum a die delicti, vel saltem a die qua delictum a donatore cognosci potuit. Si toto eo tempore siluerit, præsumitur condonasse: unde concludunt auctores etiam intra annum postulari non posse, si antea locum habuerit condonatio vel reconciliatio; DURANTON, n° 560; VAZEILLE, ad art. 957, n° 1; COIN-DELISLE, ad art. 957, n° 9. Postulari nequit a donatore contra hæredes donarii; neque ab hæredibus donatoris contra donatarium, nisi actionem jam incœperit donator, vel intra annum a die delicti decesserit.

Hinc 2. si donatarius bona donata alienaverit, vel hypothecis aut oneribus gravaverit, valebunt alienationes et hypothecæ, modo locum habuerint antequam actio revocatoria inscriberetur in margine transcriptionis art. 939 præscriptæ; art. 958: quia nempe illi qui cum donatario pactum inierunt non potuerunt antea cognoscere aut prævidere hanc revocationis causam, ut bene evolvit DELVINCOURT, p. 285, 286. Sed tunc tenetur donatarius ad restituendum pretium rei alienatæ, juxta ejus valorem tempore actionis revocatoriæ, et ad restitutionem fructuum a die ejusdem actionis; art. 958.

3°. Non admittitur hæc revocationis causa,

1. In donationibus quæ factæ sunt *in gratiam matrimonii*; art. 959. Hujusmodi donationes non solum fiunt ad utilitatem donarii, sed ad utilitatem liberorum ejus et conjugis, qui propter culpam patris aut mariti plecti non debent. Observat tamen COIN-DELISLE, ad art. 959, n° 3, adeo generalia esse verba articuli, ut applicari debeat etiamsi donatarius ingratus non haberet filios, nec unquam habere posset.

Sed quæstio est, an art. 959 respiciat donationes quas sibi invicem faciunt sponsi? — Existimat DELVINCOURT, p. 287, eas revocari ob ingratitudinem, ex art. 299, 300 : idem admittit TOULLIER, n° 329, et fuse GUILHON, n° 740. Negat contra GRENIER, n° 220. Plura citantur judicia in utroque sensu : unde satis incerta videtur jurisprudentia; vid. VAZEILLE, ad art. 959, n° 2. Juxta COIN-DELISLE, n° 4-9, graves rationes æquitatis faverent revocationi : sed contra aperta est dispositio legis.

2. Si agatur de donationibus *mutuis* inter alios quam sponso, existimat DELVINCOURT, p. 284, eas revocari; sed ex una parte tantum, id est, revocari donationem factam ingrato, non vero donationem factam ab ipso, etiamsi initæ fuissent eodem actu : ita etiam TOULLIER, n° 329. Ita docebat Pothier, et ita judicatum an. 1714, quia præsumitur utramque donationem factam fuisse ex amicitia, non intuitu alterius. Id multis obnoxium difficultatibus existimat GRENIER, n° 217, et omnino rejicit COIN-DELISLE, ad art. 953, n° 13, quia donatio debet omni ex parte revocari, propter reciprocitatem. Sed dici potest standum esse regulæ generali, et proinde adesse rationem cur una donatio revocetur, non altera; DURANTON, n° 565; VAZEILLE, ad art. 955, n° 10; POIJOL, ad art. 957, n° 7.

3. Quoad donationes *remuneratorias*, censet TOULLIER, n° 186, p. 196, et n° 328, eas non revocari, quia propter recentem injuriam non debet revocari remuneratio antiqui beneficii. Id admittit etiam DELVINCOURT, p. 287, quem sequitur DURANTON, n° 567, pro casu in quo ex facto quod locum dedit remunerationi exsurgebat obligatio perfecta, saltem naturalis : sed extra hunc casum, admittit revocationem; quam locum etiam habere putat quando donatio beneficium excedere censetur, nempe quoad excessum; in quo ei consentit GRENIER, n° 218. Vid. etiam VAZEILLE, ad art. 955, n° 11. Hic applicarem

quod antea diximus (n° 558) de hujusmodi donationibus.

4. Quoad donationes *simulatas* sub specie contractus onerosi, si constaret de simulatione, quamvis favorabilis non sit conditio donatoris qui simulationis particeps fuit, attamen locus esset revocationi, quia æquum non est ut donatarius fruatur beneficio quo indignum se reddidit. COIN-DELISLE, ad art. 953, n° 8.

610. IV°. *De revocatione ob SUPERVENIENTIAM FILIORUM.*

1°. Illa revocationis causa inducta fuit, juxta jurisperitos, quia præsumitur donatorem non fuisse donaturum, si prævidisset sibi nascituros filios : vid. hujus historiam ap. COIN-DELISLE, ad art. 960, n<sup>is</sup> 1-3, 5, 6. Sed est præsumptio legalis, cui donator nequit renuntiare, ex art. 965.

2°. Ut revocatio ob supervenientem filium locum habeat, duæ requiruntur *conditiones*.

Prima, ut donator non haberet filium tempore donationis : alioquin patet eum voluisse præferre donatarium filio, nec proinde applicatur motivum legis. Cæterum verificatur illa conditio, etiamsi filius jam esset conceptus quando facta est donatio; art. 961 : filius conceptus non censetur natus, nisi quando agitur de ejus commodo; hic autem ipsius refert non censi natum, ut postea per ejus nativitatem revocetur donatio.

Quid, si habebat filium *civiliter mortuum*? — Existimat DELVINCOURT, p. 288, revocationi locum esse, et intelligendum articulum 960 de vita sive naturali, sive civili : ita etiam GRENIER, n° 184; DURANTON, n° 578; POEJOL, ad art. 960, n° 6; COIN-DELISLE, ad art. 960, n° 24. Negat vero TOULLIER, n° 300, quia verba quæ derogant juri communi stricte sumenda sunt. Juxta GUILHON, n° 768, quando filius mortuus est civiliter sine ulla spe redintegrationis, locus est revocationi; secus, si adsit re-



dintegrationis spes. Sed observat COIN-DELISLE, n° 25, solido fundamento carere hanc distinctionem, quia mors civilis semper tolli potest per auctoritatem regiam (*le droit de grâce*).

Quid, si aderat filius *absens*, qui reputabatur mortuus?

Olim pro certo tenebatur donationem revocari, sive per redditum filii absentis, sive per nativitatem aliorum filiorum. Hodie idem docent DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 290; GRENIER, n° 183 et 184 *bis*, *Supplém.*, p. 75; GUILHON, n° 766; VAZEILLE, ad art. 960, n° 6 : judicant id esse omnino in mente legis. Id negant TOULLIER, n° 299, DURANTON, n° 583, POUJOL, n° 9, quia stricte standum est textui legis, quæ januam non aperit revocationi, nisi quando donator non habebat filium viventem. Juxta COIN-DELISLE, n° 26, 27, locus erit revocationi per nativitatem novi filii, quia idem est quoad præsentem casum non habere filium, vel non habere nisi cujus existentia ignoretur; non vero per redditum filii absentis, quia redditus non est nativitas. Cæterum donator potest sibi consulere stipulando revocationem in casu redditus, ut omnes agnoscunt. *Ibid.*, n° 28.

Secunda conditio est, ut nascatur filius legitimus : ita expresse articulus 960.

Hinc 1. non sufficit ut nascatur filius *spurius*. Si tamen postea legitimetur per matrimonium subsequens, aderit locus revocationi : sed ad hoc requiritur ut natus sit post donationem, in quo Codex recedit ab edicto anni 1731, ut advertunt GRENIER, n° 193, et COIN-DELISLE, n° 35 : ut observabat Tribunatus, cum id requiratur pro filio legitimo, melior esse nequit conditio spurii.

Hinc 2. si filius natus sit *ex matrimonio putativo*, id est, irritum quidem, sed in quo lex filios pro legitimis habet ob bonam fidem unius aut utriusque conjugis (art. 201), revocatur donatio facta ab eo qui erat bonæ fidei, non vero

facta cum mala fide : in hoc ultimo casu , est tantum sub-  
 jecta reductioni ; conjux enim malæ fidei non potest invo-  
 care effectus civiles matrimonii (art. 202). Ratio est, quia  
 revocatio statuta fuit in gratiam donatoris, dum reservatio  
 statuitur in gratiam filiorum. Ita TOULLIER, n° 302; GRE-  
 NIER, n° 191; COIN-DELISLE, n° 33. Attamen circa ultimam  
 partem exortæ sunt tres aliæ opiniones. Primam dubitan-  
 ter proponit (*je vais hasarder, inquit*), DELVINCOURT,  
 p. 290 : dici posset, juxta illum, donationem revocari, et  
 bona transire non ad donatorem malæ fidei, sed directe  
 ad filios. Cum autem illud difficile concilietur cum princi-  
 pio revocationis, vi cujus bona redire debent ad donato-  
 rem, proponit DURANTON, n° 586, ut servantur quidem  
 jura filiorum, sed nonnisi post mortem donatoris exercenda :  
 ipse tamen agnoscit illud difficile etiam conciliari cum  
 principiis. Tandem alii dicunt pure et simpliciter locum  
 esse revocationi : quia vere impletur conditio per legem  
 determinata, cum constet filium haberi pro legitimo, modo  
 unus e conjugibus fuerit bonæ fidei. Ita fuse docet GUILHON,  
 n° 773; VAZEILLE, ad art. 960, n° 9.

Hinc 3. si infans non nascatur *vitalis* (*viable*), non  
 revocabitur donatio ; pro non nato reputatur ; nulla jura  
 accipit, vel transmittit : TOULLIER, n° 298 ; GRENIER,  
 n° 202 ; DELVINCOURT, p. 291 ; GUILHON, n° 778 ; COIN-  
 DELISLE, n° 31.

Hinc 4. *adoptio* filii non revocat donationes anteriores :  
 TOULLIER, n° 303 ; GRENIER, t. II, *Adoption*, n° 39 ;  
 DELVINCOURT, p. 290 ; COIN-DELISLE, n° 37 : nulla adest  
 ea de re controversia.

611. — 3°. Revocationi subjiciuntur donationes *cujus-  
 cumque valoris*, et *quocumque titulo* factæ ; art. 960. Atta-  
 men communiter admittitur, inquit TOULLIER, n° 311,  
 non subjici donationes manuales, id est, donaria rerum  
 mobilium parvi momenti : iis applicari non potest præ-

sumptio legalis cui lex nititur; et contrarium admitti non posset sine societatis perturbatione. Ita olim docebat Pothier, et hodie admittunt jurisperiti : GRENIER, t. I, n° 185; GUILHON, n° 791; DURANTON, n° 589; VAZEILLE, n° 11; POUJOL, n° 16. Supponit COIN-DELISLE, ad art. 953, n° 9, aliud dicendum fore, si donationes essent satis gravis momenti ut pro donariis (*présents*) haberi non possent.

Sed lex ipsa dispositionem suam expresse applicat pluribus donationibus quæ difficultatem pati potuissent. Sic

1. Subjiciuntur donationes *mutuæ*. Sed quæstio est, an revocatio locum habeat ex utraque parte, an vero tantum in gratiam illius cui nascitur filius? — Revocationem ex utraque parte negabat GRENIER, in prioribus editionibus, n° 187; et in eandem sententiam inclinat DELVINCOURT, p. 288; ita etiam GUILHON, n° 781. Affirmat vero TOULLIER, n° 303, quia una donatio censetur conditio alterius. Ad eam opinionem accessit GRENIER, in tertia edit., n° 187 *bis*, *Supplém.*, p. 76; casus iste differt a casu ingratitudinis, in quo adest culpa ex parte unius e donatoribus : ita etiam DURANTON, n° 590; VAZEILLE, n° 14; POUJOL, n° 14.

2. Subjiciuntur etiam donationes *remuneratoriæ* : nisi tamen talia essent officia, ut actio competeret ad mercedem postulandam; GRENIER, n° 188; TOULLIER, n° 304; GUILHON, n° 782. Juxta DELVINCOURT, p. 288, ad eximendum a revocatione sufficeret adesse obligationem naturalem; quod æquum videtur ex antea dictis (n° 558), quia tunc non est rigorese donatio : non abnuat VAZEILLE, n° 13, item POUJOL, n° 15 : sed illud non nimis extendendum putat DURANTON, n° 591.

3. Subjiciuntur donationes *causa matrimonii*, nisi ab ipsis sponsis, vel ab eorum ascendentibus proveniant.

Sed controvertitur utrum donatio ab uno conjuge facta

alteri revocari debeat, si post mortem donatarii novum matrimonium donator ineat, ex quo filios suscipiat?

Non pauci negant, quia lex est omnino aperta, ac proinde huic standum est, etiamsi videretur dispositionem diversam magis fore æquitati consentaneam. Ita TOULLIER, n° 310; GUILHON, n° 790; DURANTON, n° 582; VAZEILLE, n° 16; POIJOL, n° 10; COIN-DELISLE, qui id pro certo tenet, ad art. 960, n° 44 : et ita judicavit Curia suprema, juxta conclusiones procuratoris Merlin. Alii tamen putant contrarium dicendum esse, quia est de mente legis, etsi verbis ejus non exprimatur : et certe huc ducere videtur voluntas præsumpta donatoris. Ita DELVINCOURT, p. 289; GRENIER, n° 199, ubi ait ita sensisse omnes auctores usque ad judicium Curiae supremæ mox indicatum.

4°. Illa revocatio fit *pleno jure*; absque ullo actu donatoris. Imo post natum filium, bona redire nequeunt ad donatarium, neque per actum confirmatorium donatoris, nec per mortem filii : si donator ea denuo donare velit, debet hoc efficere per novam et rite confectam donationem. Ita art. 964.

612. — 5°. Isti sunt *effectus* revocationis. 1. Bona donata redeunt ad donatorem libera ab omnibus oneribus et hypothecis, absque ulla exceptione, et non obstante quacumque contraria stipulatione in actu donationis apposita, etiam ad assecurandam dotem uxoris donatarii; art. 963. Exinde patet quantum lex favere intenderit revocationi de qua agimus.

2. Donatarius debet restituere *fructus rei* : sed solum a die qua nativitas filii donatoris vel ejus legitimatio per matrimonium subsequens, donatario legaliter notificata fuerit; art. 962. Antea fuit possessor bonæ fidei, et fecit fructus suos, quemadmodum ante nativitatem filii suos faciebat vi donationis nondum revocatæ. Etiamsi autem constaret nativitatem filii fuisse donatario notam prius-

quam notificatam, non teneretur tamen ad restitutionem fructuum nisi a die notificationis : tum quia ita expresse statuit lex ; tum quia antea supponere potuit donatorem renuntiare fructibus. Ita DELVINCOURT, p. 293 ; TOULLIER, n° 321 ; GUILHON, n° 797 ; GRENIER, n° 208 ; COIN-DELISLE, ad art. 962, n° 5. Si vero bona donata in manus tertii devenerint, iste debebit fructus restituere a die petitionis contra ipsum directæ : tunc cessat ejus bona fides. Ita iidem auctores : juxta GRENIER, VAZEILLE, ad art. 966, n° 2, cum petitione notificari debet etiam actus donationis ; sed illud non exigendum putat GUILHON, n° 798, quia ille qui contraxit cum donatario censetur cognoscere quo titulo iste possideret : saltem opportuna erit hæc notificatio, ut post Pothier ait COIN-DELISLE, ad art. 962, n° 9.

3. *Præscriptio* non acquiritur donatario ejusve hæredibus aut causam habentibus, vel aliis detentoribus, nisi per triginta annos a die nativitatis ultimi donatoris filii etiam posthumi, et quidem salvis interruptionibus jure determinatis ; art. 966. Per illum articulum apponitur exceptio principio generali in art. 2265 sancito, juxta quod præscriptio bonorum immobilium non requirit nisi spatium decem aut viginti annorum, prout observat DURANTON, n° 601. Cur autem apposita fuerit hæc exceptio, cur etiam præscriptio currere non incipiat a nativitate primi filii, quæ sufficit ad inducendam revocationem, vix aliter explicari potest, ait DELVINCOURT, p. 291 et 292, quam per favorem talis revocationis, et ut filii plerumque jus suum recipiant cum successione patris qui illud exercere neglexisset, ut ait COIN-DELISLE, ad art. 966, n° 1. Eadem ex causa, quamvis articulus non loquatur nisi de interruptionibus, judicant auctores rationem quoque habendam esse suspensionum : DELVINCOURT, p. 292 ; GUILHON, n° 807 ; DURANTON, n° 601 ; COIN-DELISLE, n° 2.



§. 2. *De revocatione testamentorum.*

613. Testamentum est essentialiter revocabile, ut in definitione diximus (n° 492), et in hoc potissimum differt a donatione inter vivos.

Huic revocabilitati derogare nequit testator per clausulas derogatorias, ut *ibid.* observavimus. Sed quæstio movetur inter theologos et canonistas, quid dicendum sit, si testator juraverit se non esse revocaturum? — Non concordant ea de re.

Communis fere omnium theologorum, et vera sententia, inquit DE LUGO, D. XXIV, n° 25, est juramentum illud obligare ad non revocandum testamentum, quotiescumque, secluso juramento, posset non revocari, prout regulariter potest. Ita MOLINA, t. I, D. CLI, n° 12; LESSIUS, dicens id omnino tenendum, l. 2, c. 19, n° 95; SALMANTICENSES, c. V, n° 137, et alii. Ratio est, quia, ut jam vidimus (n° 373), juramentum servandum est, quotiescumque sine peccato servari potest: si ergo revocetur, aderit perjurium.

Simul tamen docent validam fore revocationem, ideoque non valiturum primum testamentum, sed secundum. Ita MOLINA, n° 24; SANCHEZ, *Consil.*, l. IV, c. I, dub. XVII, n° 3, dicens esse rem certissimam; DE LUGO, n° 27, asserens esse communem sententiam; HAUNOLDUS, t. II, tr. VI, n° 194, dicens esse communem et certam. Ratio est, quia juramentum non mutavit naturam testamenti, quod est de se revocabile. Exigunt tamen illi auctores, ut advertit DE LUGO, n° 36, ut in secundo fiat mentio primi, item et juramenti; quia cum juramentum sit clausula specialissima, sine illa mentione non censeretur huic derogatum: sed illud spectat ad regulam juri nostro præsentì extraneam.

Tandem addunt illi auctores, si juramentum non revocandi innotuerit hæredi et ab illo acceptatum fuerit, esse

hic promissionem juratam, quæ valida est, et quæ proinde jus confert priori hæredi : unde deducunt secundum hæredem teneri restituere primo æquivalens huic juri violato, seu hæreditatem, non quidem vi prioris testamenti, sed vi promissionis validæ. Ita MOLINA, n° 25 ; LESSIUS, n° 98 ; DE LUGO, n° 32, qui observat ex eo quod non teneatur vi testamenti, sed vi promissionis, plura sequi consecutaria ; speciatim quod non teneatur solvere legata particularia prioris illius testamenti, si promissio facta non fuerit legatariis ea non revocandi : ita etiam HAUNOLDUS, *ibid.* ; BILLUART, D. II, art. III, §. v, p. 119.

Verum non desunt theologi qui putent secundum hæredem nullatenus teneri ad restitutionem erga primum. Juxta JUVENIN, t. I, tr. VII, c. I, §. IV, p. 422, 423, testator tenetur quidem, vi sui juramenti, revocare secundum testamentum ; sed cum non teneatur nisi ex religione, non vero ex justitia, quia irrita fuit promissio ex jure civili, quod hujusmodi promissiones reprobant, si re ipsa non revocet, ad nihil tenebitur secundus hæres, quia primus nullum jus habuit. Juxta DAELMAN, q. II, obs. ult., p. 153, multi, quorum doctrinam approbare videtur, putant jure civili et gentium irritam esse promissionem, quia ex jure constat testamentum non fieri irrevocabile nisi per mortem, et eluderetur illa dispositio, si per promissionem jus acquireretur ad hæreditatem : admittunt tamen valere juramentum, sive quia leges civiles non irritant juramenta, sicut contractus ; sive quia per juramentum non ita eluduntur leges sicut per promissionem, cum juramentum jus hæredi non conferat, et in eo facile dispensari possit. Hanc opinionem utcumque probabiliorem judicat COLLET, c. XVI, n° 42, p. 784. Sed postea ultra progreditur ; ait enim, n° 138, p. 783, ex adverso theologorum pugnare legistas<sup>1</sup>, qui testamenta, non obstante juramento,

<sup>1</sup> Vid. *Rép. de Jurispr.*, v° *Révoc. de test.*, §. I, n° VIII, t. XV, p. 520.

etiam licite revocari posse volunt ; utique quia publicæ rei interest , ut testator sibi frenum non injiciat , et dispositionem quandoque semi-extortam possit in melius commutare ; et ipse subdit : et hæc mihi potior foret opinio , quia parum placent juramenta quæ leges eludunt. Idem docet *Collat. Andegav., Contrats*, conf. III, q. II, p. 465, addens tamen tutius esse postulare dispensationem juramenti. Idem libenter diceremus. Sub jure hodierno, certe irrita est ex jure civili promissio non revocandi testamentum : igitur ex dictis (n° 371) juramentum adjectum non confert saltem obligationem justitiæ ; an autem adsit obligatio religionis, non constat (*ibid.*, et n° 373). Unde postulando dispensationem ad cautelam, omnia conciliantur.

614. Duplex distinguitur testamenti revocatio, expressa, et tacita : de utraque sigillatim dicemus ; deinde nonnulla addemus de testamentorum caducitate et rescissione.

I. *De revocatione testamenti EXPRESSA.* Ex jure Romano, quod olim vigeat in provinciis juris scripti, testamentum revocari non poterat nisi eadem forma qua poterat condi, juxta illam regulam juris : *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.* Vid. *TOULLIER*, n° 616-619. Sub jure novo, post varias discussiones admissus fuit art. 1035, quo statuitur testamenta non posse revocari nisi per testamentum posterius, vel per actum coram notario quo declaretur mutatio voluntatis. Exinde ortæ sunt variæ difficultates.

1°. Si quis scripto pure et simpliciter declaret se revocare testamentum prius confectum, illud sufficere ut vere revocatum censi debet negat *DELVINCOURT*, p. 377, quia non adest hic testamentum olographum, cum nulla fiat dispositio bonorum. Affirmant vero *GRENIER*, n° 343, in fine ; *TOULLIER*, n° 633 ; *DURANTON*, t. IX, n° 431 ; *VAZEILLE*, ad art. 1035, n° 17 ; *POUJOL*, ad art. 1035,

n° 5; COIN-DELISLE, ad art. 1035, n° 7 : quia adest vere testamentum olographum ; disponit enim qui ab uno aufert ut ad alterum transferat : in eo sensu pluries judicaverunt tribunalia. Sed, ut observant Vazeille et Coin-Delisle, requiritur tunc ut scriptum habeat formam ad testamentum olographum præscriptam.

2°. Si testamentum posterius adsit, sed irritum in forma, magna adest dissentio, sive inter auctores, sive inter curiarum judicia. Docent MERLIN, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, §. III, art. II, n° VI, t. XVII, p. 423, et *Quest. de Droit*, v° *Révocat. des Testam.*, §. I, n° IV, t. VI, p. 334-358, GRENIER, n° 342 et 342 bis, recedens ab alia opinione quam in prima editione tenuerat, FAVARD, v° *Testament*, sect. III, §. I, n° III, t. V, p. 569, COIN-DELISLE, n° 8, non adesse revocationem sufficientem : censetur testator non velle revocare prius testamentum nisi intuitu posterioris, seu conditionate ; et aliunde actus haberi debet ut indivisibilis, quatenus ille qui eligit unam ex duabus viis quas admittit art. 1035, debet eam sequi ex integro. In eo sensu pluries judicavit Curia suprema ; imo et concilium Status, 21 octob. 1810.

Alii contra docent sufficere hujusmodi revocationem, modo tamen desint solummodo formæ specialiter requisitæ pro testamentis, et aliunde servatæ fuerint formæ quæ requiruntur ad quemlibet actum coram notario confectum. Ita DELVINCOURT, p. 378 ; TOULLIER, n° 620-628 ; DURANTON, n° 438 ; VAZEILLE, ad art. 1035, n° 2. Ita agnitum fuit in discussione articuli 1035, et nihil indicat doctrinam illam fuisse postea rejectam ; unde in eo sensu articulum explicat MALEVILLE, p. 426 : si deinceps obscurus evasit articulus, id factum est ex mutationibus alia de causa inductis. Hæc sententia opinioni veterum jurisperitorum est omnino consentanea. Ratio ipsa suffragatur : cum enim sufficiat revocationis declaratio facta per actum

authenticum, hæc vere adest in nostro casu. Cæterum, admissio principio generali, quibusdam tamen distinctionibus locus esse potest pro diversis casibus, prout explicant Delvincourt et Duranton; quemadmodum ipsi auctores prioris opinionis quasdam restrictiones admittunt, ut exponit COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 9, 10.

Quidquid sit de hac quæstione, expresse statuit art. 1037, si testamentum posterius in quo revocatum fuit prius, executionem non habeat propter incapacitatem hæredis instituti aut legatarii, vel quia repudiant hæreditatem aut legatum, revocationem peractam servare nihilominus vim suam. Ex hac dispositione opinionem suam confirmat TOULLIER, n<sup>o</sup> 626, cui videtur perfectam dari analogiam inter duos casus: ipsum in hoc, sicut et in aliis argumentis, fuse refellit MERLIN, *Quest. de Droit, loc. cit.*

3<sup>o</sup>. Si prius testamentum revocatum fuit per posterius, et velit testator ad illud redire, docebat GRENIER, n<sup>o</sup> 346, non sufficere meram talis voluntatis declarationem, sed requiri novam dispositionem testamentariam; quia testamentum revocatum perinde est ac si non existeret. Sed alii communiter docent sufficere ut revocetur secundum testamentum modo debito; quia eo sublato jam reviviscit prius. Ita DELVINCOURT, p. 382, 383; TOULLIER, n<sup>o</sup> 635; DURANTON, n<sup>o</sup> 441; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 16; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 12: et ita judicavit Curia suprema, cujus auctoritati cedit ipse GRENIER, *Supplém.*, p. 195.

615. II. *De revocatione testamenti* TACITA. Ea est quæ deducitur ex facto, vel ex dispositionibus posterioribus testatoris. Scilicet revocatur testamentum, 1<sup>o</sup>. testamento posteriori, quod continet, non revocationem expressam, sed dispositiones contrarias: tunc revocantur tantum, ex art. 1036, priores dispositiones quæ cum recentioribus conciliari nequeunt; aliæ integræ manent. 2<sup>o</sup>. Alienatione rei legatæ, sive titulo venditionis etiam cum pacto redi-



mendi, sive titulo permutationis, licet alienatio nulla sit, aut testator rem redemerit vel alio modo recuperaverit; art. 1038. — 3°. Si testator testamentum suum cancellaverit, aut alio modo aboleverit; tunc est plus quam revocatio, scilicet destructio. Vid. COIN-DELISLE, ad art. 1035, n<sup>is</sup> 15, 16.

616. III. *De CADUCITATE testamenti*. Caducæ vocantur dispositiones testamentariæ, quæ, licet validæ sint a principio, executionem tamen ob quasdam circumstantias sortiri non possunt. Istæ circumstantiæ designantur in codice Civili. 1°. Si legatarius moriatur ante testatorem; art. 1039. Satis patet eum non posse acquirere jus quod nonnisi per mortem testatoris oritur. 2°. Si moriatur ante eventum conditionis sub qua legatum relictum fuerat; art. 1040: eadem applicatur ratio. Sed ex art. 1041 aliud dicendum foret, si ageretur de conditione qua suspenderetur, non ipsa dispositio, sed executio; tunc enim jus acquireretur et hæredibus legatarii transmitteretur. 3°. Si res legata totaliter perierit vivente testatore; imo et eo mortuo, si perierit sine culpa et facto hæredis, etiamsi esset in mora, dummodo æque peritura fuisset apud dominum; art. 1042: in priori casu, legatarius nullum jus acquirere potuit in rem non existentem; in posteriori, liberatur hæres vel non liberatur, juxta principia posita ubi *de Interitu rei* (n° 434). 4°. Si legatarius legato renuntiet, aut inhabilis sit ad illud recipiendum; art. 1043.

Cum ex caducitate liberentur ab onere solvendi legata ii quibus illud onus incubisset ex lege vel ex voluntate testatoris, hæc caducitas in eorum lucrum naturaliter vertitur. Attamen illud semper locum non habet; sed aliquando legatum caducum tribuitur alteri legatario. Ita fit in casu substitutionis vulgaris, de qua statuit art. 898, et nos brevi loquemur; ita etiam cum legatum pluribus

conjunctim relictum fuit; tunc deficiente uno ex legatariis, pars deficientis aliis accrescit; art. 1044.

Illud est quod vocant jus accrescendi, *Droit d'accroissement*. In toto jure Romano, inquiebat VINNIUS, *Institut.*, l. II, tit. XX, §. 8, nulla creditur esse disputatio vel subtilior, vel perplexior: idem agnoscunt nostri jurisperiti. In codice Civili, id intendit legislator ut subtilitates et perplexitates præcideret: ideo statuit legatum censi conjunctim factum, ac proinde locum esse juri accrescendi, in duobus casibus: 1°. quando una et eadem dispositione relictum est, et testator non assignavit partem cujusque e legatariis in re legata; 2°. quando res quæ dividi nequit sine deterioratione legata est eodem actu pluribus personis, etiam separatim: art. 1044, 1045. Multum abest tamen quin scopum suum omnino attigerit: non paucis enim controversiis inter jurisperitos locum dedit horum articulorum explicatio. Præcipuas indicat VAZEILLE, ad art. 1044, 1045. Vid. etiam *Thémis*, t. IX et X, ubi plura disserit de hac materia HOLTIIUS, tum ex jure Romano, tum ex jure hodierno Galliæ et aliorum regnorum; item, *Essai sur le droit d'accroissement*, par ALBAN D'AUTHUILLE, in-8°, 1834.

617. IV. *De rescissione testamenti*. Quamvis testamentum per mortem testatoris confirmetur seu fiat irrevocabile, possunt tamen hæredes hujus rescissionem postulare, duplici ex causa.

1°. In casibus revocationis per legem admissis. Ex art. 1046, quædam ex causis quibus vidimus revocari donationes inter vivos, sufficiunt pariter ad revocationem testamenti: nempe 1. si legatarius non exsequatur conditiones sibi impositas, quas adimplere potest; 2. si vitæ testatoris insidiatus fuerit, vel si sævitiarum, delicti, aut injuriæ gravis erga eum reus fuerit; item si gravem injuriam memoriæ ejus intulerit, ex art. 1047. Satis patet

locum esse non posse revocationi ob denegationem alimentorum : cum enim testamentum nonnisi per mortem testatoris vim habuerit, qui antea alimenta denegavit non potest ingratitudinis argui.

Sed non ita constat, an revocetur testamentum per supervenientiam filii, de qua in præsentī non loquitur codex Civilis. Si testator filii nativitatem, vel etiam tantummodo conceptionem, ita cognoverit ut testamentum revocare posset, nec revocaverit, stabit testamentum ; nulla enim erat ratio cur lex pronuntiaret revocationem, quemadmodum aderat pro donatione inter vivos quam donator ipse revocare nequit. Sed si non cognoverit, existimant TOULLIER, n° 670, et DURANTON, n° 474, non posse admitti revocationem, quam legislator statuere omisit, et verisimiliter non inconsulto. Eam tamen admittunt, et satis merito, ut videtur, DELVINCOURT, p. 387; GRENIER, n° 341; VAZEILLE, ad art. 1037, n° 6.

2°. Si adsit in testamento quædam nullitas ; id est, si desit aliquid ex iis quæ a lege exiguntur sub pœna nullitatis, sive generatim quoad omnes conventiones aut dispositiones, sive speciatim quoad testamenta : in variis illis casibus postulari posse nullitatem facile intelligitur ex dictis.

618. Explicandum superest, intra quodnam tempus postulari possit rescissio testamenti, seu quodnam tempus requiratur ad præscriptionem revocationis seu nullitatis.

1°. Ex art. 1047, si rescissio fundetur in injuria defuncti memoriæ illata, postulari debet intra annum a die delicti ; seu potius, ut explicant DURANTON, n° 480, et VAZEILLE, ad art. 1047, n° 1, a die quo hæres delictum illud cognovit, quia antea non poterat agere : quod tamen non admittit COIN-DELISLE, ad art. 1047, n° 4, quia recedendum non est a verbis legis, præsertim cum injuria de qua agitur quasi necessario certam publicitatem habeat.

2°. Si rescissio fundetur in inexsecutione conditionum,

præscriptio non aderit nisi post triginta annos ex quo cessavit legatarius implere has condiciones. Ita DURANTON, n° 479; et deduci potest ex dictis circa parem causam in donatione inter vivos (n° 608).

3°. Si fundetur in injuria diversa ab ea de qua statuit art. 1047, putat DELVINCOURT, p. 387, distinguendum esse. Si causa indignitatis proponatur per modum exceptionis, quia nempe legatarius nondum est in possessione, jus hæredis tamdiu durabit ac actio legatarii, juxta axioma: *Temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Si vero legatarius sit jam in possessione, ac proinde hæres per viam actionis procedere debeat, dicendum videtur jus illius non durare ultra annum a die quo causam indignitatis cognoscere potuit: huc deducere videtur analogia ex art. 957 deducta. Hanc ultimam decisionem admittit DURANTON, n° 479. Sed excipit casum quo adest locus revocationi quia legatarius fuit auctor vel complex mortis testatori illatæ: propositum enim fuerat ut statueretur actionem non durare ultra annum; sed cum observatum fuisset nimis breve videri illud tempus, et postulatum ut duraret actio quamdiu durat actio criminalis contra reum, suppressa fuit prior declaratio (*Confér. du Code*, t. IV, p. 342). Priorem autem decisionem rejicit idem auctor, n° 481, quem sequitur POUJOL, ad art. 1047, n° 8: quia cum ex art. 1014 legatarius purus et simplex jus habeat statim a morte testatoris, eo jure spoliari nequit, nisi probetur indignitas; ac proinde hæres semper agere tenetur; unde non aliud tempus ipsi concedi potest quam in actionibus ordinariis. Agnoscit tamen validam rationem in contrarium asserri posse: quamdiu enim legatarius rem legatam non postulat, præsumere potest hæres eum abstinere quia se indignum agnoscit, vel alia de causa est incapax, etc.; non debet igitur obligari ad intentandam actionem inutilem. Hæc ratio omnino solida nobis videtur:

nec mirum aliter sentire Duranton, qui non admittit generatim in jure nostro allatum axioma : *Quæ temporalia sunt*, etc.; de quo vid. *Tr. de Justitia* (n° 445).

4°. Demum si agatur de postulanda testamenti nullitate proprie dicta, actio non præscribitur nisi post triginta annos, juxta art. 2262; non enim hic applicatur art. 1304, ex quo actio in nullitatem præscribitur per decem annos; ille articulus loquitur tantum de conventionibus, ideoque non respicit testamenta. Ita TOULLIER, t. VII, n° 617; DURANTON, t. XII, n° 531; DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 298, 299.

ART. 5. *De regulis quasdam donationum species peculiariter respicientibus.*

619. In hoc articulo agemus 1°. de donationibus cum onere servandi et reddendi tertiæ personæ, seu de substitutionibus; 2°. de distributione honorum facta hæredibus; 3°. de donationibus in causa matrimonii.

§. 1. *De substitutionibus.*

620. Per substitutionem generatim intelligitur dispositio qua unus designatur bona accepturus in defectum alterius.

Duplex distinguitur; directa, et fideicommissaria.

Substitutio *directa*, quæ in jure Romano dicebatur etiam substitutio *vulgaris*, ea est qua quis vocatur ad bonum consequendum in locum alterius qui nolit aut non possit illud consequi : v. g., *Joannes hæres esto; si Joannes hæres non erit, Petrus hæres esto*,

Substitutio *fideicommissaria* ea est qua quis vocatur ad bonum consequendum, cum onere illud servandi et postea reddendi tertiæ personæ. Dicitur etiam simpliciter fideicommissum; et potest esse vel universale vel particulare, prout vel universa hæreditas seu illius pars aliquota, vel



res tantum singulares restituendæ relinquuntur. Qui rem donat et onus imponit, in jure Romano vocabatur *fidei-committens*; qui rogatur restituere, dicebatur *fiduciarius* vel *gravatus* seu *oneratus*, nunc *le grevé*; is demum cui restituendum est dicebatur *fideicommissarius* aut *vocatus*, nunc *l'appelé*, *le substitué*.

De substitutione directa nulla movetur difficultas. Jam in veteri jurisprudentia, quando mentio fiebat de substitutione, non intelligebatur nisi substitutio fideicommissaria, ut ostendit ROLLAND DE VILLARGUES, *des Substitut. prohibées*, n° 5, et COIN-DELISLE, *Introduct.*, n° 26 : hodie autem art. 898 statuitur dispositionem quæ vulgo dicitur substitutio vulgaris, non solum validam esse, sed neque vocandam esse substitutionem. Idem statuitur art. 899 de dispositione qua quis donat vel legat uni usumfructum, et alteri nudam proprietatem ejusdem boni.

Agendum ergo habemus tantum de substitutione fideicommissaria, quam solam respicit art. 896, ut satis patet sive ex secunda parte hujus articuli, sive ex art. 898, 899.

621. Substitutiones fideicommissariæ, seu fideicommissa, in jure Romano frequentabantur. Primum quidem excogitata fuerunt ut bona transmitterentur incapacibus : istis non competebat actio ad rem vindicandam, ut facile intelligitur; hinc dicebatur relinqui fidei successoris; unde fideicommissum tacitum, de quo alio loco diximus (n° 162). Deinde idem modus fuit adhibitus etiam erga personas capaces : cumque actio pariter non competeret, sæpe non implebatur testatoris voluntas. Ideo imperator AUGUSTUS induxit vinculum juris, prout exponit JUSTINIANUS, *Instit.* II, XXIII, *de Fideicommissar. hæreditat.*, §. 1 et 112. Exinde in variarum gentium legislationem transierunt hæc fideicommissa, seu substitutiones.

In Galliis olim eas rejiciebant quædam consuetudines, quæ recensentur *Répert. de Jurispr.*, v° *Substitut. fideicom-*

*miss.*, sect. I, t. XVI, p. 508 et seq. Sed in aliis consuetudinibus, et in provinciis juris scripti, erant receptæ; et quidem eo majori favore, quod, ut dicitur in præmio edicti an. 1747, « On a regardé (cet ordre de succession) « comme tendant à la conservation du patrimoine des familles, et à donner aux maisons les plus illustres les « moyens d'en soutenir l'éclat. » Cum tamen locum darent multis difficultatibus et litibus, latum est præfatum edictum, in quo, ut in eodem præmio dicebat legislator, « Loin de vouloir donner la moindre atteinte à la liberté de « faire des substitutions, nous ne nous sommes proposé « que de les rendre plus utiles aux familles, etc. »

Sed exorto novo rerum ordine, lex 25 octob.-14 nov. 1792 omnes substitutiones in futurum prohibuit, imo et jam constitutas restrinxit quantum fieri potuit. Prohibitionem confirmavit codex Civilis, cujus motiva coram Cœtu legislativo exponens orator Gubernii, BIGOT DE PRÉAUME-NEU, sic loquebatur (*Cod. et Motifs*, t. IV, p. 263) : « Parmi les règles communes à tous les genres de dispositions; et que l'on a placées en tête de la loi, la plus « importante est celle qui confirme l'abolition des substitutions fidéicommissaires. » Deinde substitutionum incommoda evolvit : ex iis frequentes oriebantur lites inter eos ad quos devolvebantur bona substituta, et cætera familiæ membra, quæ eadem proportionem spoliabantur; horum bonorum possessores, utpote quasi meri usufructuarii, iis frui satagebant, de fundi deterioratione parum solliciti; eadem bona quasi extra commercium de facto reponabantur; hinc non raro frustrabantur creditores pignore quod sibi in debitorum bona competere existimare poterant, etc. Præter has rationes, satis apertum est legislatorem ductum fuisse motivis politicis, ex temporum circumstantiis in quibus lex condita est deductis : quia nempe familiæ nobiles, quarum splendori consulebant

substitutiones, novo rerum ordini non favebant. (Vid. *Confér. du Code*, t. IV, p. 137, 147).

Prohibitioni tamen appositæ sunt quædam exceptiones. In ipsa lege, art. 897, excipiuntur dispositiones quæ permittuntur patribus et matribus, necnon et fratribus sororibusque; art. 1048 et seq. Deinde in nova articuli 896 redactione, 3 septembr. 1807, nova appositæ est exceptio, nempe quoad *majoratus*. Tandem per legem 17 maii 1826, permissæ sunt substitutiones in gratiam unius aut plurium filiorum donatarii usque ad secundum gradum inclusive. Per legem autem 12 maii 1835 abrogati sunt in futurum *majoratus*, et variæ restrictiones appositæ quoad *majoratus* jam existentes : sed abrogationem legis 17 maii 1826 per Cœtum Deputatorum propositam non admisit Cœtus Procerum; unde adhuc viget ista lex, per quam magna modificatio allata est dispositioni codicis Civilis.

Ex hac brevi expositione intelligitur substitutionum prohibitionem latam fuisse ex motivis quæ ab ipso legislatore ex bono publico deducuntur. Hinc docet D. BOUVIER, p. 272, hanc non esse tantum pro foro externo, sed etiam pro foro interno, quia alioquin bona directe contra intentionem legislatoris possiderentur : ita etiam D. RECEVEUR, p. 216, et alii. Attamen intelligitur etiam ex dictis motiva boni publici in gratiam substitutionum afferri posse, easque potissimum ab iis impugnari qui ideas democraticas, seu familiarum splendori adversas, et e contrario prætensæ bonorum inter omnes æqualitati faventes, sectantur : unde non desunt qui prohibitionem ut injustam habeant. Nobis videtur, inter varias rationes quæ ex utraque parte afferri possunt, quæque vim majorem minoremve habere possunt pro variis locorum et temporum circumstantiis, rem non esse satis apertam, ut sub injustitiæ prætextu infirmari possit dispositio legis : unde

eam in ipso conscientiae foro valere existimamus, juxta principia jam exposita.

His præmissis, loquemur seorsim de substitutionibus prohibitis, et deinde de iis quæ permittuntur.

622. I°. *De substitutionibus PROHIBITIS.* Art. 896 prohibet generatim substitutiones; deinde statuit dispositionem, qua donatario, hæredi instituto vel legatario imponitur onus rem servandi et reddendi tertiæ personæ, irritam esse etiam quoad donatarium, hæredem institutum, vel legatarium.

Quomodo duæ illæ articuli partes ad invicem referantur, non constat apud jurisperitos. Juxta plerosque, secunda pars nihil aliud est quam definitio substitutionis in prima parte prohibitæ, ac proinde prohibitio nunquam potest extendi ad dispositionem quæ in secunda parte non includeretur. Verum, juxta COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 5, 6, non ille fuit scopus secundæ partis articuli. Si lata fuisset solummodo prohibitio in priori parte expressa, tunc onus impositum habitum fuisset tanquam conditio illicita, quæ juxta art. 900 fuisset tanquam non scripta, sicque vim habuisset donatio cui alligatum fuisset onus. Ut ergo illud præcaveretur, lata est secunda pars articuli, in qua ideo non agitur de hærede legitimo, qui non potuit spoliari bonis quæ illi obveniunt, non ex voluntate testatoris, sed ab ipsa lege. Cum igitur illa pars articuli non includat eos omnes qui substitutione gravari possunt, haberi non potest ut definitio substitutionis: unde nil obstat dari substitutiones prohibitas quæ non includantur in illa secunda parte. Cæterum etiam hoc admissio, existimamus inservire posse hanc secundam partem ad determinandam notionem substitutionis prohibitæ, quamvis ex hac sola hauriri non debeat hæc notio.

Quidquid sit, ex modo dictis constat nullitatem afficere non solum substitutionem ipsam, sed etiam donationem,

adeo ut non solum prior donatarius seu fiduciarius aut gravatus non teneatur alteri tradere, sed nec ipse retinere possit. Certum est talem esse sensum articuli, licet aliquamdiu post legem conditam dubium ea de re exortum sit : ita judicavit non solum Curia suprema, sed et concilium Status. Vid. MERLIN, *Répert.*, v° *Substitut. fidéicommiss.*, sect. I, §. XIV, n° II, t. XVI, p. 517 et seq.; GRENIER, *Observ. prélim.*, n° III, p. 104 et seq.; VILLARGUES, n° 314; COIN-DELISLE, ad art. 896, n° 42. Illa igitur conditio donationi apposita multum differt a cæteris conditionibus per legem prohibitis, quæ ex art. 900 vitiantur et non vitiant. Ideo autem lex irritavit, non tantum substitutionem, sed et dispositionem, 1°. quia alioquin timendum fuisset ne donatarius se adstrictum crederet ad rem reddendam, et sic lex scopum suum non attigisset : 2°. quia in tali dispositione non satis agnoscitur cuinam, utrum priori donatario, utrum posteriori, favere potissimum intenderit donator. Ita jurisperiti. Attamen si substitutio non attingat nisi quædam ex bonis donatis, dispositio valida erit quoad alia, quia *Utile per inutile non vitiatur* : ita MERLIN, *ibid.*, n° III, p. 523; TOULLIER, n° 14; VILLARGUES, n° 321; GUILHON, *Donations*, n° 60, t. I, p. 49 et seq. Contrarium tamen propugnat quidam jurisperitus, *Thémis*, t. VI, p. 35 et seq., et in eandem opinionem inclinat COIN-DELISLE, n° 44 : quia ex una parte, lex irritam declarat dispositionem qua imponitur onus reddendi, non distinguendo an reddendi totum, an vero partem tantum; ex altera, etiam in casu substitutionis partialis applicatur secunda ex rationibus mox allatis. Reponi posset hæc non satis invicte probare indivisibilem esse dispositionem legis. Quidquid sit, agnoscunt illi auctores, p. 38, et n° 43, si in testamento includantur plura legata seu plures dispositiones, irritam fore tantum dispositionem substitutione gravatam, non cæteras.



Sed præcipua difficultas est in assignando præcise quandam adsit substitutio in sensu quem intendit legislator<sup>1</sup>. Juxta quemdam juniorem jurisperitum (*Thémis*, t. VII, p. 276), duæ in art. 896 distinguendæ sunt partes. In priori prohibentur substitutiones : adest porro substitutio, quotiescumque imponitur onus rem tertio reddendi, sive post certum quoddam tempus, sive adveniente tali aut tali conditione, ita tamen ut gravatus et substitutus vocentur ad proprietatem, unus post alterum; vi autem prohibitionis, onus pro non scripto habetur juxta art. 900, sed vim suam servat dispositio erga donatarium. In posteriori autem parte agitur de dispositione qua imponitur onus, non solum reddendi, sed etiam servandi : et hæc irrita declaratur etiam quoad donatarium, sensu mox exposito.

Verum quantumvis ingeniose excogitata videri possit hæc explicatio, non fuit apud jurisperitos recepta. Vulgo existimant duas articuli partes ad se invicem referri, saltem sensu mox exposito, et in qualibet substitutione prohibita duplicem dispositionem irritari. Illud nempe sic explicant. In substitutione prohibita quasi duplex adest dispositio : altera primaria in gratiam donatarii aut legatarii; altera secundaria in gratiam tertii cui res reddenda est : et ita quidem, ut hæc posterior locum habeat, non simul cum priori, quod esset casus conjunctionis, neque in ejus defectum, quod esset substitutio vulgaris, sed postquam prior effectum suum obtinuerit : et hinc *ordo successivus*, seu *tractus temporis*<sup>2</sup>, in quibus substitutionis

<sup>1</sup> Varias definitiones substitutionum a diversis auctoribus allatas recenset COIN-DELISLE, n° 8, *Note*, ubi simul explicat plura verba in hac materia adhiberi solita. Definitionem quam ipse proponit infra indicabimus.

<sup>2</sup> Juxta COIN-DELISLE, n° 24, 25, hæc verba hic trahuntur ad sensum diversum ab eo in quo olim ab auctoribus adhibebantur; unde facile in errorem inducere possunt, et præsentem materiam obscurant, potius quam illustrant. Existimamus nullum esse incommodum, si doctrina jam satis explicata his verbis compendiose exhibeatur.

naturam reponi agnoscunt auctores; **TOULLIER**, t. v, n° 24; **GRENIER**, n° IX; **VILLARGUES**, n° 44 et seq. : hinc etiam, ut loquuntur, *eventualitas*, quatenus nempe posterior dispositio eam conditionem includit, ut tertia illa persona sit inter vivos, quando jus donatarii extinguetur; **VILLARGUES**, n° 51. Utraque ergo dispositio irrita declaratur.

Ut autem hæc omnia melius intelligantur, operæ pretium erit allatam notionem paulo fusius evolvere, et per varia quæ educi possunt consecutaria elucidare.

623. Itaque adest substitutio prohibita, quando quis in donatione vel testamento imponit donatario, hæredi instituto, vel legatario onus rem quam ipse servaverit postea tradendi tertiæ personæ cui etiam vult favere.

Dicitur 1°. *In donatione vel testamento*, quia in utroque locum habere potest substitutio : sed requiritur alterutrum; quia de essentia substitutionis est ut liberalitas exerceatur erga eum cui onus imponitur. Hinc apud jurisperitos recepta sunt hæc axiomata : *Quem non honoro, gravare non possum*; *Nemo oneratus, nisi honoratus*.

2°. *Onus imponit*, id est, stricte obligare intendit, quia alioquin non incurruntur incommoda quæ lex præcavere voluit. Hinc si adesset mera deprecatio, judicavit curia Bruxellensis, 4 april. 1807, non adesse substitutionem prohibitam : illudque iudicium infirmare recusavit Curia suprema, in hoc sequens conclusiones procuratoris **MERLIN**, *Répert.*, sect. VIII, n° VII, t. XVI, p. 564, 565. Idem docent **TOULLIER**, n° 27; **GRENIER**, n° X; **CHARDON**, *du Dol*, t. III, n° 443; **VILLARGUES**, n° 173. Atamen ait **DURANTON**, t. VIII, n° 71, rem non esse extra dubium; neque favendum esse hujusmodi dispositionibus, quibus fovetur fraus vel erga legem, vel erga voluntatem donatoris; vir enim probus reddet, improbus autem sibi retinebit. In eodem sensu loquitur **COIN-DELISLE**, n° 40,

observans rationem habendam esse, non tantum verborum, sed et omnium adjunctorum, ex quibus dijudicabitur utrum vere adfuerit in testatore voluntas substituendi.

3°. *Donatario vel hæredi instituto*, et non simpliciter hæredi, quia articulus 896 non loquitur nisi de hærede instituto aut legatario. Si onus imponatur hæredi ab intestato, non ita constat apud auctores quid dicendum sit.

1. Si quæstio sit de hærede necessario (*à réserve*), non videtur esse difficultas : ejus reservatio neque ipsi adimi, neque gravari potest; proindeque nec valebit onus impositum, nec applicabitur secunda pars articuli 869. Si tamen illud de quo onus imponitur excedat portionem hæreditariam seu reservationem, hæres sub illo respectu erit legatarius, ac proinde irrita erit dispositio, bonumque recidet in hæreditatem, inter omnes hæredes legitimos dividendum. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 390, quem sequitur VILLARGUES, n° 147 : nec quisquam videtur contradicere.

2. Si agatur de hærede non necessario, sed simpliciter naturali seu ab intestato, cui testator imponat onus transmittendi tertio, docet DURANTON, t. VIII, n° 67, quem sequitur VILLARGUES, n° 145, non esse substitutionem, quia non adest dispositio ex parte testatoris, cum non ab eo, sed a lege bona recipiat hæres; sed esse merum legatum. Ita quidem foret, si imponeretur onus statim transmittendi tertio, vel si judicari posset bonum legari illi tertio quoad proprietatem, et solum usumfructum relinqui hæredi naturali. Sed extra hos casus, existimamus cum COIN-DELISLE, n°s 12, 13, esse veram substitutionem. Contrarium educi nequit ex art. 896, ut intelligitur ex dictis circa illius sensum : neque hic deest vera dispositio; testator, quando non adimit hæredi naturali hæreditatem quam adimere posset, censetur in illius gratiam disponere, juxta illud axioma juris Romani, seu potius rationis naturalis, *Dat qui non adimit*. Nec aliud sentit

VILLARGUES, qui agnoscit, n° 146, adesse substitutionem quando hæres naturalis non debet reddere nisi in morte, et posito quod tertius cui relinquere debet ipsi superstes sit. In eo igitur casu, cum dispositio sit irrita, bona recident in successionem, et, deficiente legatario universali, devolventur ad eos qui vocantur secundum legem successionum ab intestato.

4°. *Rem quam ipse servaverit*, quia si onus imponeretur rem statim tradendi alteri, jam non esset substitutio, cum deficeret ordo successivus : TOULLIER, n° 30 ; DELVINCOURT, p. 390 ; GRENIER, n° IX, p. 116 ; DURANTON, n° 73. Illud potest deduci ex art. 1121. Intelligitur autem *Quam servaverit ut dominus, ut proprietarius* ; si enim servare deberet ut merus administrator, v. g., quia verus legatarius est minor, vel absens, non esset substitutio, sed quod olim gallice vocabant jurisperiti *fiducie* : DELVINCOURT, p. 391 ; VILLARGUES, n° 152. Idem dicendum, etiamsi res non sit reddenda nisi post certum tempus, si illius dominium statim transeat in legatarium, et sola executio suspendatur ; tunc enim non reperitur ordo successivus, ut patet : vid. TOULLIER, n° 31 et seq. ; VILLARGUES, n° 150.

5°. *Reddendi*, et quidem non ipsi donatori, quia tunc esset jus reversionis, de quo supra diximus (n° 607), sed *tertiæ personæ* : per hoc præsertim constituitur substitutio ; illa tertia persona vocatur præcise *le substitué*, quia substituitur priori donatario, cujus loco rem accipit, postquam iste jam accepit ; unde recipit e manu donatarii hujus, non vero e manu donatoris, proindeque, ut loquuntur auctores, *obliquo modo*.

6°. *Cui vult etiam favere*, quia requiritur ut ille cui res reddenda est eam recipiat titulo liberalitatis ; alioquin non esset substitutio : et quidem, ut loquuntur auctores, *capit a gravante, non a gravato*, quia licet gravatus rem imme-

diate transmittat, non ipse est donator, nec liberalitatem exercet. Vid. COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 14, 15.

624. Ex his notionibus varia educi possunt consecutaria, quibus magis ac magis explicetur quousque extendatur prohibitio legis.

Hinc 1°. intelligitur in substitutione duas includi donationes factas ab auctore dispositionis, seu a fideicommitente. Sed exponendum est qualiter inter se concurrere debeant duæ illæ donationes.

1. Sunt tantum *successivæ*, adeo ut vi illarum proprietas in uno incipiat quando desinit in altero : unde prior est tantum *ad certum tempus*, posterior tantum *ex certo tempore*. Prior est resolubilis, sed non per modum conditionis resolutoriae, vi cujus censeatur nunquam exstitisse; solvitur enim *ut ex nunc*, non vero *ut ex tunc*. Posterior est sub conditione suspensiva, nempe posito quod substitutus superstes sit gravato. Vid. VILLARGUES, n<sup>is</sup> 48, 60, 61.

2. Illæ duæ donationes debent esse *invicem conjunctæ*, ita ut, licet una non sit alterius accessorium, efforment tamen veluti quoddam totum indivisibile. Scilicet doctrina constans jurisperitorum, ait VILLARGUES, n<sup>o</sup> 35, est, substitutionem non habendam esse tanquam accessorium et meram dependentiam donationis, sed esse secundam donationem æque principalem ac primam. Attamen requiritur ut duæ illæ donationes a se invicem pendeant. Ut enim jam diximus (n<sup>o</sup> 622), ideo utraque dispositio irrita declaratur, quia in mente donatoris una ab altera non discernitur, et dignosci nequit utram præ alia intenderit : si ergo tanquam disjunctæ et separatæ haberi possent, vitium unius non deberet in alteram influere. VILLARGUES, n<sup>o</sup> 318 et seq.

3. Debent illæ donationes esse *ex natura sua validæ*, id est, tales ut valerent nisi per prohibitionem substitutionis attingerentur. Ita saltem passim docet aut supponit Vil-



largues. Scilicet si institutio seu prima donatio sit in se irrita, v. g., quia facta est in gratiam incapacis, vel sine formis a lege requisitis, etc., non irrita erit substitutio, modo per idem vitium non attingatur : valebit tunc ut donatio directa et principalis. Ita VILLARGUES, n° 336; COIN-DELISLE, n° 49. Si e contrario substitutio sit in se irrita, seu non obligatoria, independenter a prohibitione de qua nunc agimus, ita ut non valeret etiamsi substitutiones permetterentur, non irrita erit donatio primaria : quod nullum est, nullum producit effectum. VILLARGUES, n<sup>is</sup> 176, et 324 et seq. : ita etiam MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Substitut. fidéicomm.*, §. III, n° II, t. VIII, p. 17-18, et §. IV, n° IV, p. 31, §. XIV, p. 95; COIN-DELISLE, n° 46.

625. Hinc 2°. intelligitur etiam requiri *tractum temporis*; cum enim ille tantum reddere possit qui accepit, aliquod necessario reperitur intervallum inter receptionem et transmissionem. In jure Romano sufficiebat tempus quaecumque, et cum fideicommissa essent valde favorabilia, quando imponebatur onus reddendi, intelligebatur reddendum esse statim : VILLARGUES, n° 53. At non ita in jure Gallico : substitutiones intelligebantur de transmissione facienda moriente donatario; *ibid.*, n° 54. Quæstio est, quid hodie intelligendum sit?

Juxta sententiam communioem, art. 896 non attingit nisi dispositiones quibus imponitur onus rem servandi toto vitæ decursu, et post mortem transmittendi. Etenim

1. legislator voluit abrogare substitutiones prout olim apud nos vigeabant, cum motus fuerit variis incommodis quibus locum dederant. Atqui ita olim sumebantur; adeo ut, quando imponebatur onus reddendi simpliciter, illud intelligeretur vim non habere nisi post mortem donatarii.
2. Ex discussionibus habitis, tum circa principium generale de quo hic agimus, tum præcipue circa exceptiones

art. 1048 et 1049 expressas, apparet legislatorem habuisse in mente dispositiones quibus bonum ad secundum donatarium transit post mortem prioris. 3. Substitutiones quæ permittuntur sive in codice Civili, art. 1048, 1049, sive in lege 17 maii 1826, et quæ inservire possunt ad dignoscendam naturam earum quæ prohibentur, referuntur ad transmissionem post mortem prioris donatarii faciendam. 4. Codex ipse Civilis, art. 1039 et seq., admittit legata facta sub termino, in quibus tamen adest onus servandi per aliquod tempus. Ita TOULLIER, n° 22; VILLAGUES, n° 55-58; DURANTON, n° 77 et seq.; MERLIN, *Quest. de Droit*, v° *Substitut. fidéicommissaire*, §. VI; VAZEILLE, et, juxta eum, omnes interpretes, ad art. 896, n° 3; ROGRON, ad eumd. art.; COIN-DELISLE, n° 7, 21; D. AFFRE, *Administrat. des paroiss.*, p. 279, *Note*.

Attamen, quamvis certum sit legislatorem præcipue respexisse hujusmodi substitutiones, quidam auctores supponere videntur attingi quoque fideicommissa quibus imponeretur tantum onus servandi per aliquod tempus: ita DELVINCOURT, p. 103 (qui tamen aliud docet in *Notis*, p. 395, 396), GRENIER, t. I, p. 114, in fine. Ita ex professo propugnavit D. DEMANTE, *Thémis*, t. I, p. 142, et præsertim t. II, p. 53 et seq. Etenim 1°. verba articuli sunt omnino indefinita, ac proinde verificantur quando adest onus servandi per aliquod tempus. 2°. Applicantur etiam tunc præcipua prohibitionis motiva. 3°. Ex eo quod olim substitutiones plerumque non respicerent nisi tempus mortem donatarii subsecuturum, ideoque res donatario relinqueretur usque ad mortem quando in donatione apposta non fuerat alia limitatio, minime sequitur habitam non fuisse pro vera substitutione dispositionem alio modo limitatam: a fortiori id minime sequitur pro jure hodierno. 4°. Ex eo quod per viam exceptionis admittantur quædam substitutiones sub conditione mortis prioris donatarii, con-

cludi nequit non prohiberi eas quæ in aliis casibus fiunt sub diversa conditione.

Hæc certe argumenta non carent suo pondere. Attamen ait ipse D. DEMANTE, *Programme*, t. II, n° 243, communiter admitti tanquam unam e dotibus substitutionis prohibitæ, quod aperiatur in morte gravati. Cæterum, quidquid sit de quæstione in se spectata, de qua nonnulla mox adhuc observabimus, illud in utraque sententia admissum videtur : olim quando simpliciter imponebatur onus reddendi, intelligebatur de tempore mortis; hodie vero intelligendum esset de reddendo statim : quia nempe in dubio diversa dari debet interpretatio hodie ac olim. Rationem mox (n° 630) assignabimus. Interim vid. VILLARGUES, n° 62, 63; TOULLIER, n° 23; DURANTON, n° 89; DELVINCOURT, p. 392; VAZEILLE, n° 9. Sed si adjunctum fuerit onus servandi absque ulla limitatione, referendum erit ad tempus mortis : VILLARGUES, n° 70.

626. Hinc 3°. sub prohibitione includuntur etiam *substitutiones conditionatæ*. Scilicet quælibet substitutio aliquam, ut jam diximus, conditionem involvit, nempe quod substitutus gravato supervivat. Sed alia conditio apponi potest : v. g., instituo Paulum hæredem, et si sine liberis moriatur, hæreditatem Petro reddet. Porro quamvis aliquod dubium ea de re exortum sit, jam apud auctores et ex jurisprudentia satis constat hujusmodi substitutiones per legem attingi. Lex enim non distinguit; et ibi occurrunt dotes substitutionum constitutivæ. Aliunde si valerent tales substitutiones, nihil facilius esset quam legem eludere, apponendo conditiones quæ per leges non reprobandentur, et tamen effectum substitutionis moraliter certum redderent : v. g., do Petro, et si ante annum ætatis centesimum moriatur, reddet Paulo. Ita TOULLIER, n° 36, 37; DURANTON, n° 86, 87; VILLARGUES, n° 313.

Sed ex his oritur haud levis difficultas quoad *legata conditionata*. Cum hæc in codice Civili, art. 1040, permittantur, necessario distinguenda sunt a substitutionibus prohibitis : *Hoc opus, hic labor est*, inquit DEMANTE, *Thémis*, t. I, p. 143.

Juxta VILLARGUES, n° 80 et seq., in eo situm est discrimen, quod in substitutione necessario occurrat duplex donatio, in legato vero unica transmissio, vi cujus dominium transit recta via a testatore ad hæredem vel legatarium.—Verum agnoscit quidem DEMANTE, *Thémis*, t. II, p. 57 et seq., substitutionem constitui per duplicem donationem; sed negat in legato dominium recta via transire ad legatarium, quia, quamdiu conditio est in suspensio, dominium necessario est penes hæredem, neque efficit conditio impleta ut penes eum non fuerit : ergo adest duplex transmissio, licet non adfuerit duplex donatio; et aliquid adhuc explicandum superest, ut agnoscatur in quo præcise tale legatum differat a substitutione prohibita. Fuse ostendit etiam COIN-DELISLE, n° 18-20, in legato conditionato duplicem quoque exstare donationem, ideoque non posse ex ea parte assignari in quo differat a substitutione, sed opus esse ulteriori explicatione.

Hæc ulterior explicatio facile occurret, si dicatur adesse substitutionem quando onus reddendi, posita conditione, non respicit nisi tempus mortem gravati subsequiturum; adesse vero legatum conditionatum, quando mors gravati non est exspectanda. Et ita reipsa docent VILLARGUES, n° 216 et seq.; TOULLIER, n<sup>is</sup> 40, 41; DELVIN COURT, p. 393 et seq.; DURANTON, n° 78-80. — Huc quidem recurrunt argumenta mox allata, quibus ostendi videtur adesse posse substitutionem prohibitam, licet exspectanda non sit mors gravati : unde judicat DEMANTE, p. 56, non potuisse omnino præcaveri incommoda substitutionum, nisi simul prohibendo legata conditionata *universalitatis* vel

*certi corporis*. Cum vero, ipso fatente, ita nodum non solverit legislator, forsitan dici posset ex eo quod admittantur legata conditionata deducendum esse prohibitionem non attingere nisi eas substitutiones in quibus respicitur ad mortem gravati; quia hoc admissio, omnia videntur conciliari. Et ita docet COIN-DELISLE, ad art. 1040, n° 4, ubi quasi in unum colligit quæcumque passim dixit huc attinentia.

627. Hinc 4°. si donatario vel legatario imponatur onus ut, si moriantur absque liberis, *res donata redeat ad hæredes naturales donatoris*, docuerat primum VILLARGUES non adesse substitutionem prohibitam, quia ipsi videbatur non occurrere duplicem donationem, cum res, casu eveniente, reversura non sit ad secundum donatarium aut legatarium, sed ad hæredes ab intestato; n° 86, 87. Verum in tertia editione, n° 88 et seq., aliud tenendum iudicavit: nam hæredes legitimi vere vocantur per voluntatem testatoris; proindeque non adest jus reversionis, quod ex art. 951 sibi soli reservare potest testator, sed adest quidquid requiritur ad constituendam substitutionem. Et ita reipsa docent alii auctores: TOULLIER, n° 48; GRENIER, n° 34 et 34 *bis*, *Supplém.*; MERLIN, *Répert.*, v° *Substitut. fidéicom.*, sect. VIII, n° X, t. XVI, p. 565, et *Quest. de Droit*, §. IV, t. VIII, p. 35, quamvis aliud primo intuitu dicere videatur; DURANTON, n° 68; COIN-DELISLE, ad art. 951, n° 25.

Idem dicendum foret, licet testator locutus non fuisset de suis hæredibus, sed simpliciter dixisset legatum, mortuo legatario absque liberis, fore resolvendum, vel caritutum effectum: nam hæredes nihilominus vocantur virtualiter ad legatum post priorem legatarium, ac proinde adest ordo successivus: VILLARGUES, n° 89; DURANTON, n° 68.

Item a fortiori, si testator statuisset rem reddendam tertiæ personæ designatæ. VILLARGUES, n° 295; MERLIN,



*Répert.*, *ibid.*, et *Quest. de Droit*, p. 39; COIN-DELISLE, *ibid.*, n° 28. Sed si donator statuatur rem reversuram ad se, et, ipso deficiente, ad suos hæredes, quamvis deceant auctores hanc esse substitutionem prohibitam, judicat Curia suprema hoc esse jus reversionis permissum art. 951, et solummodo irritam esse clausulam quæ adjicitur, ideoque stare donationem, si donator prior moriatur. Hanc jurisprudentiam explicat et approbat COIN-DELISLE, n° 26-29.

628. Hinc 5°. si fideicommittens relinquat gravato *facultatem disponendi pro nutu suo de bonis*, vel quod in idem recidit, si substitutio fiat *de eo quod supererit*, non constat an habenda sit ut substitutio prohibita.

Affirmativam tenuerat in speciali dissertatione VILLARGUES, ut ipse refert, n° 265 : eamdemque propugnant duo jurisperiti, MEYER, et COTELLE, *Thémis*, t. v, p. 458, et t. vi, p. 335; item GUILHON, *Donations*, t. i, n° 50-53. Etenim 1°. ibi occurrere videtur duplex donatio, et ordo successivus. 2°. Ea non fuit disponentis intentio ut restitutionem relinqueret mero gravati arbitrio, cum per leges prohibeantur liberalitates in alterius voluntatem collatæ : existit ergo quædam limitatio. Scilicet disponentem rem committit bonæ fidei gravati, quem non vult nimium coarctare, committit, inquam, tanquam arbitrio boni viri. Adest igitur vera substitutio, licet bonæ fidei legatarii relicta. Porro illud sufficit ut applicentur motiva legis, ac proinde ipsa lex. 3°. Cum reddi nequeat nisi quod servatum est, parum curandum est de obligatione servandi, quæ haberi non debet ut distincta ab obligatione reddendi. Et revera in dispositionibus de quibus art. 1048 et 1049, quæ essent prohibitæ nisi a prohibitione exciperentur per art. 897, mentio non fit nisi de obligatione reddendi : quod supponit hanc sufficere ad constituendam veram substitutionem in sensu Codicis; seu eam includi in obli-

gatione reddendi. 4°. Demum nisi id admittatur, facile lex eludetur, hæreditatem committendo amico satis tuto, ut existimari possit *id quod supererit* nihil aliud fore quam integram hæreditatem, quæ sic ad substitutum transibit.

Alii tamen satis communiter propugnant non esse substitutionem prohibitam. Ita VILLARGUES, n<sup>o</sup> 265, 266, MERLIN, *Quest. de Droit*, §. XIII, p. 84 et seq.; DELVINCOURT, p. 392; TOULLIER, n<sup>o</sup> 38; GRENIER, *Observ. Prélim.*, n<sup>o</sup> VII, p. 112, et præsertim n<sup>o</sup> VII bis, *Supplém.*, p. 2; DURANTON, n<sup>o</sup> 73-76; CHARDON, *du Dol*, t. III, n<sup>o</sup> 444; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 27, 28. Ratio est, quia cum liberum sit donatario de bonis disponere, non adest onus servandi, prout requiritur ad substitutionem prohibitam; neque etiam impeditur circulatio bonorum. Et revera testatur Toullier hujusmodi dispositiones fuisse olim satis communes in Britannia, ubi tamen non admittebantur substitutiones. Huic sententiæ favet tribunalium jurisprudentia, quamvis non omnino constans.

Sed ea admissa, inquirendum superest quid igitur sentiendum de tali dispositione, an scilicet vocato reddi debeat id quod de facto supererit quando morietur gravatus?

Negat VILLARGUES, n<sup>o</sup> 268, quia dispositio facta in gratiam vocati ut obligatoria haberi nequit, utpote facta sub conditione potestativa ex parte gravati; quæ conditio ex art. 1174 irrita est, ac proinde ex art. 900 pro non scripta haberi debet. — Sed illum refellit MERLIN, *Quest. de Droit*, §. XIII, n<sup>o</sup> II, p. 88: illa conditio haberi non debet ut mere potestativa; sensus enim non est quod gravatus reddat, si velit, sed si non alienaverit: porro defectus alienationis ex alia causa oriri potuit quam ex mera voluntate gravati, v. g., ex minoritate, interdictione, vel quia nulla occurrit occasio, etc. (Vid. quæ diximus de *Conditione potestativa*, n<sup>o</sup> 324). Dispositionem ut obligatoriam pariter agnoscunt DELVINCOURT, p. 392; TOULLIER, n<sup>o</sup> 38, in

*Nota*, p. 50; GRENIER, n° VII *bis*, *Supplém.*, p. 4; vid. etiam VAZEILLE, n° 30.

Si autem gravato relinqueretur facultas, non quidem absoluta disponendi de re, sed solum in casu necessitatis, *en cas de besoin*, existimat VILLARGUES, n° 267, quem sequuntur MERLIN, *ibid.*, n° III, p. 90, et VAZEILLE, n° 31, in fine, non ideo adfuturam substitutionem prohibitam: quamvis enim videri possit facultatem disponendi restringi tunc ad casum necessitatis, ideoque extra hunc casum superesse obligationem servandi, cum tamen casus necessitatis per nullam legem determinetur, et omnino pendeat ab arbitrio gravati, dicendum est idem esse quoad praxim ac si plena disponendi libertas concessa fuisset. Contradicit tamen GRENIER, n° VII *ter*, *Supplém.*, p. 5, cujus opinionem judicat COIN-DELISLE, n° 30, esse anteponendam generatim, id est, nisi ostendant circumstantiæ totum reipsa committi mero arbitrio donatarii: vere adest restrictio, et proinde obligatio reddendi quidquid gravato necessarium non fuerit. Et revera supponunt auctores agnoscendam fore substitutionem, si in casu posito facultas disponendi intelligeretur cum restrictionibus quæ ex jure Romano statuebantur: porro clausula de qua agimus idem fere præstare videtur, nisi quod non sit quædam bonorum pars specialiter reservata.

629. Hinc 6°. deduci potest quid sentiendum de conventionione plurium qui, simul boni cujusdam dominium habentes, invicem paciscerentur ut *pars priorum qui morentur cæteris accresceret*, adeo ut *totum bonum ad ultimum superstitem deveniret*?

Primo intuitu videri posset ibi adesse substitutionem prohibitam; quilibet enim tenetur servare suam partem, eamque reddere superstilibus, ita ut ultimus sit vere donatarius cæterorum, quemadmodum quilibet jam fuerat donatarius præmortuorum: proindeque reperiri videtur

ordo ille successivus per quem constitui substitutionem vidimus. Id reipsa propugnavit MERLIN, in causa ad supremam Curiam delata, *Quest. de Droit*, §. IV, n° 1, p. 19 et seq.; verum ejus conclusiones secuta non est Curia, et ipse postea ad aliam opinionem rediit, ex principiis tamen quæ difficultatem pati possunt, *ibid.*, p. 22. Vid. VILLARGUES, p. 322, *Note*.

Sed dicendum videtur cum VILLARGUES, n° 261 et 262, et DELVINCOURT, p. 398, conventionem illam non esse eo sensu intelligendam. Ibi enim adest contractus onerosus et aleatorius. Quilibet non aliis præcise favere vult, sed proprium commodum quærit; potest amittere, potest acquirere, prout vel ante, vel post alios morietur: unde est veluti quædam loteria. Non est igitur donum aut liberalitas, nec proinde substitutio. In eo sensu judicarunt varia tribunalia. « C'est sous ce point de vue encore, » inquit VILLARGUES, p. 321, « que la clause est envisagée « par la régie de l'enregistrement. Elle a décidé, le 9 novembre 1820, que lorsque plusieurs personnes ont acquis « un objet pour le posséder en commun, avec stipulation « que la part des prémourants profiteroit aux autres successivement, jusqu'à ce que la totalité de l'objet se « trouve réunie sur la tête du dernier vivant, il n'est pas « dû de droit de mutation au décès des prémourants. La « régie se fonde sur ce qu'une semblable convention n'offre « qu'un contrat intéressé de part et d'autre, et purement « aléatoire, sans que chacun des contractants entende accorder un bienfait à l'autre. »

630. Ex principiis hactenus expositis intelligi potest quænam sit natura substitutionis prohibitæ: hanc ita definit COIN-DELISLE, n° 8: « Une disposition par laquelle, « en gratifiant quelqu'un expressément ou tacitement, on « le charge de conserver la chose donnée et de la rendre, « en cas de prédécès, à un tiers que l'on gratifie en second



« ordre, et qui ne seroit pas l'un des enfants du donataire  
« au degré permis par la loi. »

Attamen in praxi non raro difficile erit certo discernere an talis vel talis dispositio sit eo titulo reprobanda. Porro in casu dubii, operæ pretium erit cognoscere in utram partem inclinandum sit. Sub jure Romano, maximus favor adhibebatur fideicommissis : hinc ex meris conjecturis supponebantur. Sed tot et tam diversas conjecturas induxerunt interpretes, ut innumeris ambagibus et litibus janua aperiretur. Hinc in edicto anni 1747 id inter alia sibi proposuit legislator, ut conjecturas illas arbitrarias removeret, iis tantum retentis quæ expressis juris dispositionibus nitebantur. Attamen etiam post illud edictum, cum substitutiones permetterentur, ea dabatur dispositionibus ambiguis interpretatio, juxta quam voluntas disponentis totum suum produceret effectum, proindeque in sensu substitutionis. Hodie vero, cum substitutiones generatim prohibeantur, in dubio præsumendum est non adesse substitutionem : tum quia nemo præsumi debet facere voluisse dispositionem prohibitam ; tum quia ex axioma juris, sancito per articulum 1157 codicis Civilis, qui testamentis non minus ac contractibus applicari debet, *Actus potius intelligendus est ut valeat, quam ut non valeat*. Igitur quotiescumque actus poterit, illæsis principiis et salvo verborum sensu, intelligi in sensu alicujus dispositionis licitæ, judicandum erit non esse substitutionem. Ita communiter jurisperiti : VILLARGUES, n<sup>is</sup> 122 et seq., 316 ; MERLIN, *Répert.*, sect. VIII, n<sup>o</sup> VII, t. XVI, p. 564 ; TOULLIER, n<sup>o</sup> 25 et seq., 44 ; DELVINCOURT, p. 392 ; DURANTON, n<sup>is</sup> 43, 89 ; VAZEILLE, n<sup>o</sup> 18 ; COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 34, 36, 39, 41. Observat DURANTON, n<sup>o</sup> 88, hanc regulam non esse applicandam substitutionibus quæ adhuc permittuntur : dicit tamen COIN-DELISLE, n<sup>is</sup> 36, 41, etiam istas non esse supponendas nisi ex verbis necessario dedu-



cantur, cum sint semper restrictio proprietatis, sed dandam esse clausulæ quæ eas includit omnem extensionem quam habere potest, ne donator videatur aliquid inutile scripsisse.

631. Inquirendum superest quomodo constare possit de existentia, seu de facto substitutionis. Si scripta sit in donatione, testamento, vel alio actu authentico, nulla erit difficultas. Pariter si in ipsa dispositione nullum quidem onus imponatur, sed donatarius scripto separato se obliget ad bona post mortem reddenda tertiæ personæ, certissime, inquit CHARDON, *du Dol*, t. III, n° 446, ex duobus actibus exsurget substitutio, ex cujus nullitate sequetur nullitas ipsius dispositionis. Sed si non allegetur nisi substitutio verbalis, quæstio est an possit admitti hujus probatio per testes, vel aliud quodcumque probationis genus, v. g., per interrogationem donatarii aut legatarii, per juramentum ipsi delatum, etc.; quemadmodum vidimus (n° 164) iis modis probari posse fideicommissum tacitum, seu in gratiam personæ incapacis?

Negat VILLARGUES, n° 350-353. Etenim 1°. ille casus valde differt a fideicommisso tacito : in isto enim occurrit dispositio scripta, et probandum est tantum dispositionem vere factam fuisse in gratiam personæ incapacis sub nomine personæ interpositæ; est ergo quæstio *de fraude*. In casu autem nostro, supponenda est dispositio non scripta; ac proinde non est mera quæstio de fraude, sed sciendum est utrum substitutio in alia forma fieri possit ac donationis vel testamenti. Porro quæstio sic posita videtur solutu sat facilis. Si enim substitutiones essent permissæ, certe aliquis non admitteretur ad probandum per testes, vel per juramentum donatarii aut legatarii hunc gravatum esse substitutione in sui gratiam : id olim extra dubium erat, et hodie certe admitteretur. Ergo pariter, cum substitutiones sint prohibitæ, non debet admitti earum probatio per testes. 2°. Ex antea dictis (n° 624), ut lex applicari

possit, requiritur ut substitutio sit ex natura sua valida et obligatoria. Atqui talis non est substitutio mere verbalis : hæc enim fieri non posset nisi in forma donationis aut testamenti, juxta art. 893. Ergo hic applicari debet axioma : *Frustra probatur id quod probatum non relevat*. Igitur probatio per testes, vel per confessionem donatarii admitti non potest, nisi in casu quo allegaretur amissum fuisse vel subtractum instrumentum quo continebatur substitutio. Idem admittit VAZEILLE, n° 42.

Verum hanc sententiam impugnât MERLIN, *Quest. de Droit*, §. XIV, p. 90 et seq.; et quidem, juxta COIN-DE-LISLE, n° 55, argumentis validioribus quam ut infirmari possint. 1°. In facta hypothesis non ideo postulatur probatio substitutionis ut ejus exsecutio obtineatur, sed ut ostendatur irritam esse dispositionem cui adjuncta creditur : quia nempe tale fuit medium adhibitum ad eludendam legem; quod sufficere debet ut dispositio irrita declaretur, cum illa substitutio, licet ex sua natura invalida, donatorem impulerit ad suam donationem, quatenus credidit donatarium voluntati suæ fore obsecuturum. Ergo admitti debet probatio, quemadmodum admittitur in casu fideicommissi taciti : nulla disparitatis ratio afferri potest; in utroque casu agitur de probanda fraude contra legem irritantem; quemadmodum in uno casu dispositio in gratiam personæ incapacis obtegatur sub nomine personæ capacis, ita in altero substitutio prohibita velatur sub forma dispositionis absolutæ. 2°. Verum quidem est non vitiari institutionem, quando substitutio est in se irrita, sive ex defectu formæ, sive ex alio quolibet vitio independente a prohibitione substitutionis; quando nempe nullam in ea partem habuit donatarius, quia tunc fraus non adest : sed quando donatarius conscius fuit et particeps substitutionis, præter nullitatem occurrit fraus, quemadmodum in casu fideicommissi taciti. Eandem sententiam propugnat

CHARDON, n° 447-449 : addens in eo tamen differre istum casum a casu fideicommissi taciti, quod in præsentī iuramentum donatario deferri possit tantum de pacto inter ipsum et donatorem inito contra prohibitionem, non vero de intentione rem reddendi personæ designatæ, velut in altero casu; qui enim reddit personæ incapaci, contra legem agit; sed ut in præsentī casu lex servetur, sufficit ut non obligetur ad reddendum, siquidem ex dictis (n° 623) deprecatio etiam expressa in dispositione eam non violaret. Ait etiam COIN-DELISLE, *ibid.*, concedendam non esse facultatem probandi donatorem, faciendo donationem, existimasse legatarium rem redditurum esse tertio, quia, ut dicitur in iudicio curiæ Cadomensis, 31 jan. 1827, « L'opinion que peut avoir un donateur de l'emploi probable des objets donnés, ne peut jamais être considérée comme une condition, même tacite, apposée à la donation, ni constituer un fidéicommiss. »

In hac opinionum varietate, satis manifestum est multum periclitari dispositionem eo modo factam, ac proinde eum qui velit bona quædam successive transferri ad personas quæ ea juxta intentionem suam adhibeant, magna uti debere prudentia, ne spes sua frustretur effectu : cum enim maximam auctoritatem habeant tribunalia in actuum interpretatione, facile ea utentur ad irritandas præsertim dispositiones, quas agnoscent factas, v. g., in bona opera, et, ut mundani facile judicant, cum detrimento familiarum. In his casibus, plurimi interest ut maxima libertas relinquatur donatario aut legatario, neque iis imponatur onus unde deduci possit existentia substitutionis : ne tamen donatoris aut testatoris spem fallant, magna cura seligendi sunt; alioquin valde timendum est ne cupiditate abripiantur. Exemplum occurrit in vita VEN. DE LA SALLE, *Vie....* par le P. GARREAU, *nouv. édit.*, 1825, t. II, p. 16, 17 : neque alia plura exempla desunt.

632. II°. *De substitutionibus* PERMISSIS. Prohibitioni generali substitutionum quædam, ut vidimus (n° 621), allatæ sunt exceptiones, quæ ad duo capita referri possunt, nempe ad substitutiones in gratiam cognatorum, et ad majoratus.

I. *De substitutionibus in gratiam cognatorum.* Quando promulgatus est codex Civilis, legislator noluit quidem servare nomen substitutionis, rem tamen retinuit in gratiam liberorum, qui a patre dissipatore orti metuendum haberent ne ad statum miseriæ redigerentur. Igitur ex art. 1048, pater et mater omnia bona quorum liberam dispositionem habent, uni vel pluribus ex filiis suis dare possunt, sive inter vivos, sive per testamentum, cum onere ea reddendi liberis ex ipsis natis vel nascituris, in primo gradu tantum : ex art. autem 1049, qui nullos habet descendentes, potest pariter bona sua non reservata dare uni vel pluribus fratribus aut sororibus, cum onere ea reddendi liberis ex ipsis natis aut nascituris, in primo gradu tantum. Hæc autem facultas latius extensa fuit per legem 17 maii 1826. De his nonnulla advertere sufficiat.

1°. Ex codice Civili, nonnisi pater aut mater, vel frater aut soror, possunt dare cum onere reddendi : dum ex postrema lege id possunt etiam extranei ; sed substitutionem instituere nequeunt nisi in gratiam posterorum donatarii. Unde lex veluti medium tenet inter codicem Civilem et edictum anni 1747, ex quo extraneus poterat dare cum onere reddendi extraneo, dum hodie dare potest extraneus, sed non cum onere reddendi extraneo.

Advertendum tamen articulum 1048, licet non loquatur nisi de patre vel matre, satis probabiliter intelligi debere etiam de avis ; id est, patrem cujus filius mortuus est posse dare nepoti suo cum onere transmittendi : est eadem prorsus ratio, et sæpe nomine filiorum intelliguntur omnes posterii. Ita DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 400 ; DURAN-



TON, t. IX, n° 525; VAZEILLE, ad art. 1048, n° 3: quibus tamen contradicit COIN-DELISLE, ad art. 1048, n° 2, quia stricte standum est verbis legis, et mentio quæ primum facta erat de avis postea sublata est.

2°. Ex lege nova, substitutio extendi potest usque ad secundum gradum; dum ex codice Civili restringitur ad primum. Attamen etiam sub codice Civili, si donatarius non habeat nisi nepotes, potest ei imponi a donatore onus ipsis transmittendi. Quamvis id neget TOULLIER, n° 726, quem omnino sequendum esse propugnat COIN-DELISLE, n° 4, quia art. 1048 non permittit substitutionem nisi quoad primum gradum, alii tamen plures id affirmant. Ita MALEVILLE, ad art. 1051; DELVINCOURT, p. 401; DURANTON, n° 526; VAZEILLE, n° 4. Per primum gradum optime intelligi potest gradus magis propinquus; *Proximus autem est, cui nemo antecedit*, ut dicitur l. 92, ff., L, XVI, de Verbor. significat.: vel dicendum legislatorem voluisse tantum prohibere secundum gradum substitutionis, qui olim admittebatur. Cæterum ex art. 1051 constat concurrere nepotes, quando veniunt ad successionem, ut dicitur, *par représentation*, quando scilicet gravatus decedit cum uno filio superstite et nepotibus ex alio filio præmortuo. Imo docet DELVINCOURT, p. 402, 403, etiam deficientibus omnino filiis, substitutionem non fieri caducam, sed transire ad nepotes: illudque satis probabile videtur, licet contradicant TOULLIER, n° 727; GRENIER, n° 361; DURANTON, n° 548; POUJOL, ad art. 1051, n° 3; COIN-DELISLE, n° 5; vid. etiam VAZEILLE, ad art. 1051, n° 2: aut saltem, si istorum opinio admittatur ex codice Civili, dici potest cum ROGRON, ad eundem art., aliud statuendum post legem an. 1826; quia quamvis ista lex non abrogaverit articulum 1051, cessat tamen omnino motivum propter quod ille articulus non admittebat nepotes ad représentationem nisi quando concurrebant cum filiis, ex eo



nempe desumptum quod alioquin substitutio extensa fuisset ad secundum gradum, contra mentem legis : nec abnuere videtur COIN-DELISLE, n° 21.

Quid vero, si disponens extendat substitutionem ultra gradum a lege permissum? — Juxta VILLARGUES, *Répert. de FAVARD*, v° *Substitution*, c. II, sect. II, §. 1, n° XIV, t. V, p. 307, DURANTON, n° 524, VAZEILLE, ad art. 1048, n° 5, POUJOL, ad art. 1048, n° 5, COIN-DELISLE, n° 16, non solum non valebit extensio, sed et tota dispositio irrita erit. Ratio ipsorum est, quia hæc substitutio non permittitur nisi per modum exceptionis; ergo quando excedit limites statutos, recidit in regulam generalem articuli 896, juxta quem irrita est ipsa dispositio.

Attamen propugnat TOULLIER, n° 729, irritam quidem esse eam extensionem, sed valere dispositionem quoad gradum permissum : quia lex non pronuntiat omnimodam nullitatem; potius applicari debet axioma : *Utile per inutile non vitiatur*. Illud nobis satis probabile videtur, quia non satis probatur ita indivisibilem esse dispositionem, ut nullitas unius partis inducat nullitatem alterius.

3°. Ex lege nova, substitutio fieri potest in gratiam unius aut plurium ex filiis donatarii : dum ex codice Civili, art. 1050, non valet dispositio nisi substitutio fiat in gratiam omnium donatarii filiorum natorum et nascituro-  
rum, absque ullo ætatis aut sexus distinctione. Unde patet eum articulum abrogatum esse per legem an. 1826.

633. — 4°. Ex codice Civili, sicut ex lege an. 1826, substitutio non potest attingere nisi portionem disponibilem; et merito quidem : quia ille tantum potest onus bonis annectere qui libere potest de iis bonis disponere. Si quis tamen ultra hanc portionem daret, non ideo esset irrita dispositio, sed tantum reductibilis, juxta art. 920 : ita DURANTON, n° 533; VAZEILLE, ad art. 1048, n° 6; COIN-DELISLE, n° 14.

Quid vero, si pater donans uni e filiis portionem disponibilem, ipsi imponat onus reddendi non solum hanc portionem, sed partem reservationis? — Si agatur de testamento, dicendum videtur validam esse dispositionem; et filium posse quidem, donum repudiando, stare suæ reservationi, sicque se eximere a substitutione; sed si acceptet, teneri implere onus impositum. Quamvis enim dicat DURANTON, n° 532, conditionem hanc esse contrariam legi, ideoque pro non scripta habendam esse, aliter sentiunt VILLARGUES, §. II, n° XVI, p. 310, DELVINCOURT, p. 399 et seq., et VAZEILLE, ad art. 1052, in fine : ratio ipsorum est, quod per illam conditionem pater non reipsa disponat de reservatione : liberum est filio eam servare, renuntiando dono; si ergo libere et cum cognitione acceptet, sicque se subjiciat conditioni, jam ipse disponit de reservatione : porro evidens est post mortem patris jus illud ipsi competere. Sed si agatur de donatione inter vivos, existimamus cum VAZEILLE, *ibid.*, quamvis plures aliud sentiant, et specialim TOULLIER, n° 732 et seq., aliter ratiocinandum esse : quia ex una parte, nonnisi pars disponibile potest gravari substitutione; ex altera vero, reservatio, quæ est adhuc in expectativa, non potest ex art. 931 et 1130 esse objectum conventionis vel renuntiationis.

634. — 5°. Substitutio fieri potest ex codice Civili, sicut ex lege posteriori, sive per donationem inter vivos, sive per testamentum. Servandæ sunt igitur formæ præscriptæ quoad donationes, vel quoad testamenta. Sed advertendum est in donatione sufficere acceptationem gravati, nec requiri acceptationem eorum qui vocantur ad substitutionem : fieri enim potest ut isti nondum sint nati; et cum gravatus sit necessario eorum pater aut avus, potest pro ipsis acceptare. Ita DELVINCOURT, p. 398; TOULLIER, n° 735.

Quid vero, si donatarius non acceptet, vel sit incapax accipiendi?—Juxta DELVINCOURT, p. 405, et TOULLIER, n° 189, irrita est substitutio, quemadmodum et ipsa donatio. Verum ait VAZEILLE, ad art. 1053, n° 4, posse tunc, modo adhuc vivat donator, vocatum acceptare, quia huic vult favere donator, et substitutio vulgaris includitur in fideicommissaria: imo addit acceptationem gravati pro ipso irritam posse valere pro vocato; quod nobis longe magis dubium videtur.

635. — 6°. Vi hujusmodi dispositionis gravatus acquirit dominium rei, sed resolubile per eventum subsequentem, nempe si adsint vocati qui rem accipiant, quando cessabit fruitio gravati: si autem non adsint, penes eum remanet dominium. Vocati non habent dominium, sed tantum jus ad rem, seu spem juris. Ita explicant omnes jurisperiti: DELVINCOURT, p. 105; TOULLIER, n° 736 et seq.; GRENIER, n° 365; DURANTON, n° 585; VILLARGUES, *loc. cit.*, §. v, n° 1, p. 316; COIN-DELISLE, n° 22.

Ex hoc principio plura educi possunt consectaria.

Hinc scilicet 1. alienationes factæ a gravato sunt resolubiles ad nutum eorum in quorum gratiam constituta est substitutio: gravatus enim non potuit transmittere nisi jus quod habebat. Excipiendus videtur casus quo ipsimet vocati, majores et jurium suorum domini, consensissent alienationi: nihil enim obstat quin renuntient juri suo, etiam antequam apertum sit. Id poterant sub jure Romano; item ex edicto anni 1747: codex autem Civilis nihil in contrarium statuit; renunciatio enim haberi nequit ut conventio circa successionem futuram: nam ex dictis (n° 623) substituti rem accipiunt a gravante, non a gravato; cum ergo res jam fuerit penes gravatum, et proinde successio gravantis jam aperta supponatur, nulla adest ex hac parte difficultas. Jam vero si vocati possint renunciare juri suo, a fortiori consentire possunt alienationi, cum ille

consensus non detur nisi in gratiam acquirentis, nec proinde vocatos spoliaret jure ad pretium. Ita DELVINCOURT, p. 411, 412; TOULLIER, n<sup>is</sup> 801, 802; VILLARGUES, §. VI, n<sup>o</sup> XVI, p. 318; DURANTON, n<sup>o</sup> 589; COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 33. Dubium tamen aliquod ea de re movet VAZEILLE, ad art. 1053, n<sup>o</sup> 38, et ad art. 1069, n<sup>o</sup> 4 : ex iis quæ affert sequitur tantum attendendum esse an alienationis approbatio sit omnino libera; et posito quod fuerit libera, non posse eam nocere vocatis in secundo gradu, si ipsi substitutionem percipiant, præmortuis iis qui vocati fuerant in primo gradu.

Hinc 2. non constat an bona substitutione gravata acquiri possint a tertio detentore per præscriptionem. Negant DELVINCOURT, p. 413; GRENIER, n<sup>o</sup> 383; VILLARGUES, §. V, n<sup>o</sup> XXIV, p. 319 : quia *Contra non valentem agere non currit præscriptio*; porro vocati agere nequeunt, et æquiparantur minoribus. Insuper ex art. 2257 præscriptio contra jus pendens a conditione non currit nisi postquam advenit conditio. Affirmant e contrario TOULLIER, n<sup>o</sup> 740; DURANTON, n<sup>o</sup> 611 : quia non contra vocatos, sed contra gravatum currit præscriptio; nullibi hæc bona eximuntur a lege præscriptionis. Agnoscit tamen TOULLIER, n<sup>o</sup> 765, ex art. 2257 eum qui bonum acquisivit a gravato non posse fieri dominum absolutum vi præscriptionis, sed jus illius resolveri, quemadmodum jus gravati, quando locus est substitutioni : pariter agnoscit DURANTON, ex art. 2252, si vocati sint minores, interim contra eos non currere præscriptionem. Juxta COIN-DELISLE, n<sup>o</sup> 31, præscriptio currere potest ante transcriptam substitutionem, nisi probetur possessorem boni illud acquisivisse titulo gratuito; sed non potest currere postea, quia ex transcriptione publica debuit usurpator cognoscere conditionem bonorum. Vid. etiam VAZEILLE, ad art. 1069, n<sup>o</sup> 6, et quæ diximus in *Tr. de Justitia* (n<sup>o</sup> 500).

Hinc 3. non constat utrum dispositio revocari possit per consensum donatoris et gravati, quando jus vocatorum nondum apertum est. In edicto anni 1747, tit. 1, art. XI, statuebatur fieri non posse hanc revocationem; in codice autem Civili nihil simile exstat. Inde concludit DELVINCOURT, p. 403, 404, legislatorem noluisse hanc dispositionem servare, et standum esse regulæ generali juris, juxta quam *Unaquæque res dissolvi potest eodem modo quo fuit colligata*. Ita etiam VAZEILLE, ad art. 1053, n° 5, qui ait quæstionem solvi ex art. 1121, juxta quem dispositio in gratiam tertii revocari potest, quamdiu iste non declaravit se acceptare. Contra concludit TOULLIER, n° 737, dispositionem edicti etiam hodie servandam esse: obligatur donatarius, non erga donatorem, sed erga vocatos, quorum acceptationem lex non exigit, et quibus proinde applicari nequit art. 1121. Ita etiam VILLARGUES, §. VI, n° XX, p. 321; et COIN-DELISLE, n° 44, quia donatarius acceptavit pro se, et simul pro vocatis, quibus applicari debet, in casu substitutionis permissæ, articulus 935.

Hinc 4. cum vocatus habeat jus conditionatum, potest de jure illo pacisci, sive cum gravato, sive cum aliis. Pactum illud non erit renuntiatio aut repudiatio, sed cessio juris seu spei; unde qui jus aut spem acquirit poterit, eveniente conditione, acceptare vel repudiare, quemadmodum potuisset ipse vocatus. Si illa cessio sit mere gratuita, erit donatio, et proinde subjecta formis donationum: si fiat mediante pretio, erit venditio, et sufficere potest actus sub signo privato: si fiat ad assecurandum creditorem gravati, vel eum qui a gravato acquisivit, erit fidejussio erga illum tertium, nec proinde opus erit formis donationum. Ita COIN-DELISLE, n° 36.

636. — 7°. Quando bona transeunt ad gravatum, variæ ei imponuntur obligationes. Potuit disponens, ex



art. 1055, nominare tutorem qui executioni suarum dispositionum invigilaret: si non nominaverit, debet gravatus, ex art. 1056, curare ut nominetur, intra mensem a die quo mortuus est disponens, vel quo cognita est dispositio; et si id negligat, excidit e jure suo, juxta art. 1057, de cujus sensu, apud varios auctores satis dubio, vid. COINDELISLE.

Illæ obligationes ad hæc reduci possunt. 1. Ex art. 1058-61, confici debet inventarium intra spatium determinatum art. 795, id est, intra tres menses. In eo inventario determinari debet pretium bonorum mobilium. 2. Ex art. 1062-64, vendi debent publice bona mobilia; exceptis tamen iis quæ disponens præcepisset servari in natura. Ait TOULLIER, n° 759, excipienda esse etiam bona quæ habent valorem fixum, nec deteriorationi sunt obnoxia, v. g., *l'argenterie*, etc. Quoad pecora et utensilia quæ sunt ex destinatione immobilia, debent pretio æstimari, ut gravatus eundem valorem reddat quando fiet restitutio. 3. Ex art. 1065-68, debent variæ pecuniarum summæ in usus fructiferos adhiberi, id est, vel in usum a disponente assignatum, vel in acquisitionem immobilium, vel cum privilegio super bonis immobilibus. 4. Ex art. 1069 et seq., curare debent, sive gravatus, sive tutor nominatus, ut dispositio cum onere restitutionis fiat publica per transcriptionem, vel inscriptionem. Ita præscribitur, ne decipiantur ii qui cum gravato conventiones inirent circa bona restitutioni obnoxia, et ut sine eorum injuria irrita declarari possint pacta inita in damnum eorum ad quos bona redire debent. Hæc autem transcriptio, ex art. 1071, sola via est publicitatis a lege admissa, nec suppleri potest per notitiam quam aliunde substitutionis habuissent creditores vel alii qui bona acquisiissent.

Si tutor ad hoc nominatus non sequatur regulas mox indicatas, tenebitur de damnis ex sua negligentia secutis:

item, si non adhibeat diligentiam requisitam ut onus restitutionis fideliter impleatur; art. 1073.

637. — 8°. Vocatorum jus incipit statim ac quacumque ex causa cessat fruitio gravati; art. 1053. Causæ illæ sunt mors naturalis aut civilis gravati; eventus termini aut conditionis, si a disponente assignata fuerint; abdicatione seu renuntiatio facta ab ipso gravato, sed ex eodem art. 1053 hæc nocere non potest creditoribus anterioribus gravati; negligentia de qua statuit art. 1057 : cui DELVIN COURT, p. 404, TOULLIER, n° 782, GRENIER, n<sup>ls</sup> 375, 376, DURANTON, n° 603, POUJOL, ad art. 1053, n° 9, æquiparant casum quo gravatus re abutitur in sensu articuli 618, quem hic applicari dicunt ob paritatem rationis; verum id negat VILLARGUES, §. VI, n° XI, p. 320, quem sequitur VAZEILLE, ad art. 1053, n° 6, quibus omnino assentitur COIN-DELISLE, ad art. 1053, n° 14, quia gravatus non potest suo jure spoliari sine expressa legis dispositione, quæ hic non occurrit, cum in rebus hujusmodi non valeant argumenta a pari; possunt igitur vocati cavere ne sua jura lædantur, sed non possunt statim exercere jus adhuc suspensum per conditionem, *Si gravato non præmorianitur* (n° 624).

Quando autem aperta est substitutio, olim pro certo tenebatur vocatum statim acquirere jus ad rem, suis hæredibus transmittendum, non vero jus in re, quod non acquirebatur nisi per acceptationem expressam vel tacitam, quæ semel posita habebat effectum retroactivum ad diem quo aperta erat substitutio; sed, etiam post acceptationem, possessio, et fructus manebant penes gravatum, donec vocatus obtinuisset aut postulavisset traditionem : ita expresse statuebat edictum anni 1747, art. XL. Hodie quamvis agnoscere videantur auctores vocatum statim acquirere dominium bonorum, quod eo magis verum est, quod, ut vidimus, *Capit a gravante, non a gravato, att-*

men dicunt necessariam esse, quemadmodum in legatis, postulationem traditionis (*la demande en délivrance*), quia a solo gravato accipit possessionem, nec antea jus habere ad fructus. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 408; DURANTON, n° 611; VILLARGUES, §. VI, n° XIII-XV, p. 320, 321. Sed aliud docet GRENIER, t. I, n° 377, quem sequuntur VAZEILLE, ad art. 1053, n<sup>is</sup> 21, 22, et COINDELISLE, n° 37-39 : quia ex jure novo dominium transit ad vocatum vi solius contractus aut dispositionis, statim ac aperta est substitutio; gravatus est merus depositarius, qui verum dominum novit, nec proinde potest fructus facere suos.

638. — 9°. Tandem substitutiones extinguuntur, 1. si deficient conditiones quæ appositæ fuerant; 2. si vocati sint incapaces accipiendi eo tempore quo aperitur substitutio; 3. si revocetur testamentum in quo continebatur dispositio; 4. tandem si ipsi vocati renuntient substitutioni.

Quid vero, si caduca fiat institutio qua continebatur substitutio, v. g., si legatarius cui imponebatur onus reddendi moriatur ante testatorem? Ex jure Romano, et ex edicto anni 1747, tit. I, art. XXVI, tunc corruebat et ipsa substitutio : aliud tamen dicendum erat ex edicto citato, quando agebatur de codicillo; item in provinciis juris consuetudinarii. Hodie stare debet nihilominus substitutio, et hæredi legitimo incumbit onus quod legatario incubisset, si non esset præmortuus. Ita VILLARGUES, §. VI, n° XIX, p. 321; TOULLIER, n<sup>is</sup> 793, 794.

639. II. *De majoratibus*. Ex ultima dispositione quæ addita fuerat articulo 896 codicis Civilis, bona libera dotationis instar annexa titulo hæreditario quem Rex erexisset in gratiam cujusdam principis aut capitis familiæ, poterant transmitti hæreditarie, quemadmodum ordinabatur in decretis 30 martii et 14 augusti 1806. Istæ igitur erant substitutiones ex natura sua perpetuæ. Verum lex

12 maii 1835 statuit nullam deinceps admittendam fore institutionem majoratum; majoratus jam institutos non extendendos fore ultra duos gradus, præter institutionem; imo fundatorem majoratus posse eum revocare in totum vel in partem, aut ejus condiciones mutare, excepto tamen casu quo superesset vocatus qui ante hanc legem iniisset matrimonium non dissolutum vel ex quo superessent liberi. Quidquid ad hanc materiam spectat, breviter exponit COINDELISLE, ad art. 1048, n° 11, *Note*, p. 523 et seq.

## §. 2. *De partitione bonorum facta hæredibus.*

640. Sub jure Romano poterat pater, et alii ascendentes, bona sua partiri inter filios. Hæc partitio non habebatur ut testamentum, nec exigebat institutionem hæredis : erat peculiaris disponendi species, de qua variæ tradebantur regulæ. Modus ille in Galliis parum receptus erat. Vigebat quidem in plerisque provinciis juris scripti, et hujus formæ determinatæ sunt art. 17 et 18 edicti anni 1735 : sed in plerisque provinciis juris consuetudinarii non admittebatur; et consuetudines quæ illum admiſerant non iisdem principiis inhærebant. Exinde multæ difficultates ambagesque oriebantur. Vid. GRENIER, *Discours histor.*, sect. VI, p. 85 et seq., ubi indicat auctores qui de his fusius egerunt, et *Répert. de Jurisprud.*, v° *Partage d'Ascendant*, t. XII, p. 99 et seq. : articulus ille auctorem habet eundem Grenier.

In plerisque Galliæ partibus inductus fuerat per usum alius disponendi modus, qui dicebatur *Demissio bonorum*. Eam sic definiebat POTHIER : « Un acte par lequel une  
« personne, en anticipant le temps de sa succession, se  
« dépouille, de son vivant, de l'universalité de ses biens,  
« et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en rete-  
« nant néanmoins le droit d'y rentrer lorsqu'elle le jugera à

« propos. » Vid. etiam GRENIER, *ibid.*, sect. VII, p. 89 et seq., ubi pariter varios auctores indicat.

Ex discussionibus codicis Civilis (*Confér. du Code*, t. IV, p. 353, et *Code et Motifs*, t. IV, p. 315 et 366) intelligitur legislatorem noluisse hanc demissionem bonorum permittere. De partitione autem facta ab ascendentibus quasdam tantum regulas statuit art. 1075 et seq., quas breviter exponere satis erit.

Sed antea investigandum est, utrum illa partitio fieri possit a solis ascendentibus, non vero ab iis qui non habent nisi hæredes collaterales, seu non necessarios?

Id affirmat GRENIER, n° 393, et in articulo supra citato, quem in *Repertorium* admisit MERLIN, n° VIII, p. 100 : quia de solis ascendentibus loquitur lex. Verum, ut observat DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 149, quem sequitur VAZEILLE, ad art. 1075, n° 2, dubium esse nequit quin ille qui potest hæredes collaterales a sua successione prorsus excludere, possit bona sua inter eos partiri prout ipsi libuerit. Ideo igitur lex loquitur de ascendentibus, quia ipsis aliquid peculiare concedit, nempe jus partiendi bona etiam reservationi obnoxia, quod non competeret, v. g., descendantibus quoad bona ascendentibus reservata : sed quoad collaterales, nulla legis concessione opus erat. Et revera, ut observat DURANTON, n° 618, modo hæc partitio fiat per actum dispositionis testamentariæ vel donationis inter vivos, in quo servantur formæ præscriptæ, profecto validus erit actus. Sed difficultas est, utrum si unus ex hæredibus naturalibus præteritus fuerit, vel si adsit unius læsio ultra quartam partem, possit ideo et debeat rescindi partitio ad normam articuli 1079? Affirmat DELVINCOURT, p. 149, quando ex verbis dispositionis constat disponentem voluisse facere meram partitionem : poterat profecto pro nutu de cunctis bonis suis disponere; sed cum recurrerit ad modum partitionis, debuit hujus



regulas sequi : unde de eo dici potest : *Non fecit quod potuit, fecit quod non potuit*. Negant e contrario DURANTON, n° 619, et POIJOL, ad art. 1075, n° 5, quia actui applicandæ sunt regulæ testamenti vel donationis, quæ non rescinduntur propter hujusmodi causam : neque extendendus est art. 1079 ultra casum de quo statuit ; eo magis quod ultra extendendo induceretur quædam veluti reservatio in linea collateralis, contra mentem legislatoris. Existimamus cum VAZEILLE, ad art. 1079, n° 7, reipsa periculosum esse recedere a tenore dispositionum alicujus, quando sunt satis apertæ. Unde ultimate concludimus regulas in codice Civili sancitas esse restringendas ad partitionem factam ab ascendente inter descendentes.

641. Hæc igitur statuuntur de hujusmodi partitione.

1°. Fieri potest sive testamento, sive donatione inter vivos, servatis solemnitatibus, conditionibus et regulis jure præscriptis ; art. 1076. Hæc est ratio cur hæc divisio ordinetur a lege sub titulo *de Donationibus* : alioquin cum hujusmodi divisiones sint veluti successio anticipata, opportunius de iis actum fuisset sub titulo *de Successionibus*. Ita TOULLIER, n° 808 : unde COIN-DELISLE, p. 550, de iis agendum remittit ad tit. *de Successionibus*.

Hinc 1. ex eodem articulo, si divisio fiat per donationem, non potest complecti nisi bona præsentia : ita generatim de donationibus statuit art. 943.

Hinc 2. si fiat in causa mortis, non poterit fieri a patre et matre per unum et eundem actum : obstat art. 968. Vid. GRENIER, n° 402 ; POIJOL, ad art. 1075, n° 4.

642. — 2°. Necessarium non est ut hæc divisio comprehendat omnia disponentis bona : bona non comprehensa, et tempore ejus mortis existentia, dividuntur secundum juris præscripta ; art. 1077. Sed necessarium est ut extendatur ad omnes filios tempore quo moritur disponentis superstitibus, et ad descendentes præmortuorum : alioquin

omnino irrita erit, et nullitas invocari poterit etiam ab iis inter quos partitio locum habuerit; art. 1078.

643. — 3°. Partitio rescindi potest, si unus e filiis ultra quartam partem læsus sit, vel si unus ultra emolumentum lege permissum receperit; art. 1079.

Ratio prioris partis est, quia cum natura partitionis postulet æqualitatem, si hæc desit, præsumitur id oriri ex errore et contra voluntatem disponentis. Hinc applicatur ille articulus, quicumque sit filiorum numerus : v. g., si sint duo tantum, potuisset pater uni dare tertiam partem ex art. 913; nihilominus partitio rescindi poterit, licet alter filius plus recipiat quam in illa hypothesi recepturus fuisset. Non tamen sufficit quæcumque læsio, quia varia esse potest honorum æstimatio; et si propter minimam inæqualitatem locus fuisset rescissioni, jam nulla partitio firma remansisset. Hæc est vera ratio cur læsio infra quartam partem non det locum rescissioni : unde exinde concludi nequit permitti favorem erga unum e filiis, quamvis de facto favorem consequatur quando alter læditur infra quartam partem. Vid. GRENIER, n° 393.

Ex posteriori parte intelligitur in partitione aliquid dari posse uni e filiis, ut dicitur, *par préciput et hors part* : unde quando æqualitas exigitur, id intelligendum, nisi aliter disponens expresse statuerit. Sub eo tantum respectu partitio potest esse actus liberalitatis. Sed tunc videndum utrum hæc liberalitas excedat portionem disponibilem, et noceat reservationi aliorum filiorum. Quod ut determinetur, ratio habenda erit, non solum ejus quod datur titulo liberalitatis, sed etiam emolumenti quod ex partitionis inæqualitate provenit, licet illa inæqualitas non attingat quartam partem. Vid. GRENIER, n° 399; TOULLIER, n° 810. Licet autem irrita declararetur partitio, quia facta non fuisset inter omnes filios, non ideo corrueret liberalitas illa erga unum e filiis : nulla est ratio cur unum pen-

deat ab altero. **GRENIER**, n° 400; **TOULLIER**, n° 812; **VAZEILLE**, ad art. 1079, n° 5; **POUJOL**, ad art. 1078, n° 5.

Hinc concludi potest utrum possit pater in partitione uni dare bona immobilia, cæteris vero nonnisi pecuniæ summam, aut alia bona mobilia? — Non concordabant olim auctores. Hodie dicendum videtur generatim sequendas esse regulas præscriptas pro partitionibus ordinariis, art. 827 et seq. Unde servanda quidem æqualitas; sed quantum sinit natura bonorum. Vid. **GRENIER**, n° 399; **TOULLIER**, n° 806; **DURANTON**, n° 658, 659; **VAZEILLE**, ad art. 1079, n° 9, 10.

Cæterum, ille qui postulat rescissionem partitionis debet primum solvere varias expensas, sive pro æstimatione, sive pro lite, faciendas; et eas ultimate perferet, si non admittatur illius reclamatio. Ita art. 1080. Ratio est, quod partitio præsumatur justa, donec contrarium probeatur. Sed ille contra quem postulatur rescissio potest eam impedire offerendo supplementum necessarium ut alter indemnis præstetur, quemadmodum permittit art. 891 in partitionibus ordinariis. Ita **GRENIER**, n° 401; **TOULLIER**, n° 804; **DURANTON**, n° 651; **VAZEILLE**, ad art. 1079, n° 8.

644. — 4°. Non statuit codex Civilis utrum et quatenus illi quibus fit partitio bonorum teneantur solvere debita disponentis? — Si facta fuerit per testamentum, dubium non est quin teneantur de debitis, quemadmodum in successionibus ordinariis. Sed si facta fuerit inter vivos, major adest difficultas. Non tenentur de debitis contractis post partitionem: quia ex art. 945 donatario imponi nequit onus solvendi debita tempore donationis nondum existentia. Attamen si supersint quædam bona nondum distributa, filii ad quos devolventur tenebuntur de debitis, utpote hæredes. Quoad debita autem tempore partitionis

existentia, si disponens aliquid statuerit, hujus voluntati standum est. Sed si nihil statuerit, distinguendum videtur, seu ratio habenda modi quo facta est partitio. Si donator cuilibet donatario tribuerit objecta determinata et specialia, tunc est vere donatio titulo particulari, nec proinde tenentur donatarii solvere debita. Si autem donatio facta fuerit assignando cuilibet partem aliquotam bonorum, tunc scinduntur auctores. Cum nihil speciale statutum fuerit, applicanda sunt principia generalia de obligatione qua teneri possunt donatarii quoad debita donatoris : hæc expendimus supra (n° 489). Juxta TOULLIER, n° 816, cum partitio ex art. 1076 complecti non possit nisi bona præsentia, haberi nequit ut universalis. Aliud propugnat DURANTON, n° 630. Vid. etiam DELVINCOURT, *Notes*, p. 151.

§. 3. *De donationibus in causa matrimonii.*

645. Donationes generatim spectatæ per legem subiiciuntur satis rigorosis regulis, prout jam ab initio observavimus (n° 540), et ex dictis in decursu intelligi potuit. At vero propter favorem matrimonii, donationes quæ fiunt in gratiam sponsorum, vel inter ipsos, regulis minus strictis subjacent, et plures stipulationes admittunt quæ in cæteris donationibus omnino reprobantur. Agemus seorsim de donationibus quæ fiunt sponsis in contractu matrimoniali, et de iis quæ fiunt inter sponso.

646. I°. *De donationibus quæ FIUNT SPONSIS IN CONTRACTU MATRIMONIALI.*

Illæ donationes a cæteris differunt in pluribus. 1°. Impugnari aut irritæ declarari nequeunt propter defectum acceptationis; art. 1087 : ex quo, ut observant DEMANTE, *Thémis*, t. VII, p. 477, et COIN-DELISLE, ad art. 1081, n° 8, et ad art. 1087, n° 1, concludendum non est non requiri ullam acceptationem, sed sensus est non requiri velut in cæteris donationibus acceptationem terminis ex-

pressis (art. 932), sed sufficere acceptationem tacitam, quæ deducitur ex donarii præsentia et subscriptione ad contractum matrimoniale. 2°. Revocari pariter nequeunt propter ingratitudinem; art. 959 : de quo jam (n° 609) diximus. 3°. Fieri possunt sub conditione quæ pendeat a potestate donatoris; art. 1086<sup>4</sup>. Sic potest donator imponere obligationem solvendi debita et onera successionis; et ad id tenebitur donatarius, nisi malit renunciare donationi. Sic potest etiam donator sibi reservare facultatem disponendi de aliquo objecto in donatione comprehenso, vel de certa summa e bonis donatis desumenda; et tunc si moriatur antequam de his disposuerit, hæc pertinebunt ad donatarium vel ad ejus hæredes; *ibid.* Ratio est, quia valida fuit donatio, licet facta sub conditione resolutoria; cum ergo defecerit conditio, donatio effectum suum sortiri debet. Observant jurisperiti in his casibus donationem esse sub aliquo respectu in causa mortis; et fieri caducam, ex art. 1089, si donator fuerit superstes donatario et ejus liberis ortis ex matrimonio in cujus gratiam facta est donatio : ita DELVINCOURT, p. 420; TOULLIER, n° 826; DURANTON, n° 741 : sed addunt hanc caducitatem non attingere nisi objecta quæ subiciebantur prædictæ conditioni, non vero alia bona in donatione comprehensa. Caduca fit etiam donatio ex art. 1088, si matrimonium non sequatur. 4°. Demum possunt includere, non solum bona præsentia, sed etiam futura. Hinc tres distinguuntur donationum hujusmodi species, de quibus sigillatim dicendum, quia peculiare de iis regulæ traduntur.

647. I. *De donatione bonorum præsentium.* Hæc dona-

<sup>4</sup> Juxta COIN-DELISLE, ad art. 1086, n° 2-7, ille articulus non respicit donationes de quibus art. 1081, seu donationes bonorum præsentium, quamvis id asserant aut supponant communiter auctores, ac proinde non probat iis apponi posse conditiones de quibus hic loquimur : sed illud probari potest ex art. 947. Exinde alia consecutaria educit, n° 12-14.



tio, licet facta in contractu matrimoniali, regulis generalibus donationum subjacet, iis exceptis quæ modo diximus; art. 1081.

Hinc 1°. fieri nequit directe in gratiam filiorum ex matrimonio nasciturorum; *ibid.* : quia nempe ex regula generali articuli 906 donatio fieri nequit nondum existentibus. Sed fieri potest in gratiam filiorum per viam substitutionis, prout n° 632 et seq. exposuimus. Vid. GRENIER, t. II, n° 409.

Hinc 2°. statim et irrevocabiliter transfert in donatarium dominium rei donatæ, quod transit ad ejus hæredes, nisi donator jus reversionis sibi stipulatus fuerit.

Hinc 3°. si sit rerum immobilium, requiritur transscriptio, juxta art. 939; si vero mobilium, et fiat per actum sine traditione, index æstimatorius, juxta art. 948.

Dicitur *Licet facta in contractu matrimoniali*, quia sive ex hoc articulo, sive ex principiis generalibus deducunt auctores hujusmodi donationem, id est, bonorum præsentium, fieri posse etiam extra contractum matrimonialem, seu per actum separatum. In eo casu, modo ex ipso actu constet hanc fieri in favorem matrimonii, et quidem talis matrimonii jam designati, non solum valida erit, sed agnoscenda erit tanquam facta reipsa in favorem matrimonii. Subjacebit proinde regulis quæ pro talibus donationibus latæ sunt; v. g., fiet caduca, si non sequatur matrimonium, ex art. 1088; revocari non poterit propter ingratitudinem, ex art. 959; quia illi articuli nullam includunt distinctionem : sed facile intelligitur eam non subjacere regulis quæ non loquuntur nisi de donatione facta in contractu matrimoniali, v. g., art. 1087, de defectu acceptationis; art. 1086, de variis conditionibus quæ donationi apponi possunt : isti articuli extendi non debent ultra casus de quibus loquuntur. Vid. GRENIER, n° 407; DELVIN COURT, p. 419; DURANTON, n° 666-669; VAZEILLE, ad art. 1081, n° 3; COIN-DELSLE, ad art. 1081, n° 2, 6-10.

648. II. *De donatione bonorum quæ donatori supererunt tempore mortis.* Hæc permittitur per derogationem regulæ generali sancitæ art. 943 : deducitur hæc derogatio ex art. 947 et 1082.

Duo præcipue de illa statuuntur. 1°. Hæc donatio censetur facta in gratiam sponsi aut sponsorum, et filiorum ex matrimonio nasciturorum, licet in actu mentio istorum facta non fuerit; art. 1082. Unde si donatori superstes sit sponsus donatarius, bona ad eum transeunt absolute, adeo ut possit de iis disponere quemadmodum de aliis bonis; et post ejus mortem, ea colligent ejus hæredes quicumque sint : non enim gravantur substitutione fideicommissaria in gratiam filiorum. Si vero donatarius ante donatorem moriatur, relinquens filios ortos ex matrimonio in cujus favorem facta est donatio, bona ad eos transeunt : et quidem eos excipiunt, non titulo successionis paternæ, sed *jure suo*, inquit auctores, tanquam et ipsi vere donatarii : vocantur enim *quasi* per substitutionem vulgarem<sup>4</sup> in defectum parentis præmortui. Sed si donator superstes sit donatario ejusque liberis ex eo matrimonio ortis, tunc ex art. 1089 caduca fit donatio.

2°. Hæc donatio est irrevocabilis in eo sensu tantum quod donator amplius non possit de bonis donatis disponere titulo gratuito, nisi pro modicis summis remunerationis causa vel alia de causa legitima; art. 1083. Si igitur donatio sit de omnibus bonis, donator non poterit aliam donationem facere, aut testamentum condere : et hic est

<sup>4</sup> Periculosum judicat COIN-DELISLE, ad art. 1082, n° 40, nomine illo designare jus filiorum : quia non adest perfecta inter utrumque similitudo ; in substitutione vulgari, qui posterior fuit institutus vocatur, non solum si prior non possit, sed etiam si non velit ; at in præsentî casu, si pater donatarius superstes sit donatori, et renuntiet, non poterunt acceptare filii, qui vocantur tantum pro casu quo donator superstes est donatario : *ibid.*, n° 42, 43. Ea de causa diximus tantum *Quasi* per substitutionem vulgarem.

solus casus quo quis possit sibi adimere facultatem testandi. Sed poterit de bonis donatis disponere titulo oneroso : donando enim tantum bona quæ ipsi supererunt tempore mortis, satis ostendit se velle bonorum præsentium dispositionem servare toto vitæ suæ curriculo : quod tamen intelligendum bona fide, et seclusa fraude; non enim licet donatori eludere legem qua prohibetur disponere titulo gratuito, ut observant GRENIER, n° 412, et POUJOL, ad art. 1083, n° 2, et fusius evolvit CHARDON, *du Dol*, t. II, n° 306-308 : vid. etiam COIN-DELISLE, ad art. 1083, n° 5 et seq.

Ex his colligi potest quænam sit natura hujus donationis. Non distinguitur a dispositione quæ olim dicebatur, et nunc etiam vocari potest *Institution contractuelle*; modo tamen sit de universis bonis, vel de aliquota eorum parte, prout explicat DELVINCOURT, p. 110, et *Notes*, p. 422<sup>1</sup> : a pluribus non immerito definitur : *Donum irrevocabile successionis*. Dicitur veluti medium tenere inter donationem inter vivos, et testamentum. Differt a donatione, quia non statim transfert dominium ad donatarium : a testamento, quia non est revocabilis ad nutum disponentis, quamvis frustrari possit suo effectu per dispositiones titulo oneroso. Vid. GRENIER, n° 411; DELVINCOURT, p. 110, et *Notes*, p. 422; TOULLIER, n° 837; DURANTON, n° 672.

Ex art. 1082, hæc donatio fieri debet in contractu matrimoniali. Exinde satis merito concludunt DELVINCOURT, p. 421, et POUJOL, ad art. 1082, n° 1, eam aliter fieri non posse. Etenim ex principiis generalibus irrita esset hujusmodi donatio, et nonnisi per exceptionem permittitur : ergo non debet permitti nisi in casu quem includit

<sup>1</sup> Si fiat tantum titulo particulari, non dicitur quidem *Institution*, sed tamen iisdem regulis subjacet : hæc enim verba articuli 1082, *Tout ou partie*, non debent restringi ad partem aliquotam, ut ostendit COIN-DELISLE, ad art. 1082, n° 14-16.

exceptio, scilicet in contractu matrimoniali. Et revera cum in tali contractu concurrant sponsorum familiæ, longe major aderat ratio donationem permittendi, quam si agatur de contractu ordinario donationis, in quo fieri potest ut non concurrant nisi donator et donatarius. Attamen docet MERLIN, *Répert.*, vº *Institut. contractuelle*, §. III, nº I, t. VIII, p. 329, et *Quest. de Droit*, vº *Remploi*, §. IV, t. VI, p. 656, quem sequitur GRENIER, nº 426, et post eos TOULLIER, nº 830, non irritam fore donationem, modo facta fuisset in actu authentico, et qui matrimonii celebrationem præcederet: atque ROGRON, ad art. 1082, ita communiter admitti. Ratio est, quia ex art. 1394 et seq., etiam post contractum matrimoniale, donec celebratum fuerit matrimonium, iniri possunt novæ conventiones: tunc, ut ait COIN-DELISLE, ad art. 1082, nº 13, illæ conventiones pertinent ad contractum matrimonii; sed alio modo fieri non posset talis donatio, quæ in solo contractu matrimoniali permittitur.

649. III. *De donatione bonorum præsentium et futurorum.* Hæc est tertia donationum species, quæ medium tenet inter alias duas. Ex art. 1084, requiritur ut actui donationis annectatur index debitorum et aliorum donatoris onerum existentium tempore donationis. Hoc posito, duo sunt peculiaria isti donationi. 1º. Donatarius facultatem habet bona donata dividendi, et bona præsentia exclusive capiendi, solvendo debita aliaque donatoris onera quæ existebant tempore donationis; sicque differt ab institutione contractuali, ubi accipienda vel repudianda sunt bona donatoris, prout reperiuntur tempore mortis illius. 2º. Hæc donatio est absolute irrevocabilis quoad bona existentia tempore donationis, et de illis neque titulo oneroso, neque titulo gratuito donator disponere potest. Ita GRENIER, nº 433; TOULLIER, nº 856. Dum contra, si deficiat index memoratus, donatarius tenebitur acceptare vel repudiare

hauc donationem ex integro : si acceptet , non poterit exigere nisi bona existentia tempore quo moritur donator , et tenebitur de omnibus debitis et oneribus successionis : art. 1085. Ultima verba articuli indicant solvenda esse debita existentia tum tempore donationis , tum tempore mortis ; sed inde non concludendum quod donatarius ea solvere debeat ultra portionem sui emolumenti ; v. g. , si dono acceperit quartam partem bonorum , tenebitur tantum ad quartam partem debitorum. Vid. ROGRON , ad art. 1085 ; COIN-DELISLE , ad art. 1084 , n° 9.

Si vero naturam hujus donationis , necnon et effectus velimus accuratius perscrutari , non concordant auctores. Juxta DELVINCOURT , p. 111 , et *Notes* , p. 430 , 431 , duplex ibi occurrit donatio , nempe quoad bona præsentia , et quoad futura. Quoad præsentia , donatio est certa , perfecta , et irrevocabilis , etiam erga donatarium : unde dominium statim ad eum transit ; si moriatur ante donatorem , ejus filii non possunt bona donata recipere nisi titulo successionis , non autem jure suo : tandem si donatori præmoriatur donatarius et ejus filii , non ideo corruiat hæc donatio ; articulus 1089 restringendus est ad donationem bonorum futurorum , quæ includitur in eodem actu.

Sed alii non ita intelligunt. Juxta ipsos , dominium etiam bonorum præsentium non statim transit ad donatarium , sed suspenditur per conditionem legalem donationi annexam , nempe quod donatarius vel ejus filii ex hoc matrimonio orti donatori supervivant : si enim præmoriatur , aperte declaratur art. 1089 caducam fieri donationem , id est , non præcise resolvi , sed haberi ut nunquam peractam. Igitur ususfructus eorum bonorum remanet penes donatorem , qui ideo opus non habet speciali stipulatione ; si donatarius præmoriatur donatori , illius filii ex eo matrimonio orti bona percipiunt jure suo , exclusis filiis ex alio matrimonio progenitis ; tandem si donatarius et ejus



filii præmorianantur donatori, caduca fit donatio juxta art. 1089. Ita TOULLIER, n° 857-861; GRENIER, n° 434, qui in prima editione priorem opinionem, magna saltem ex parte, tenuerat; DURANTON, n<sup>is</sup> 735, 736, ubi accuratius exposita quæstione, tum in se spectata, tum in variis consecrariis de quibus alii auctores expresse non loquuntur, agnoscit opinionem quam propugnat Delvincourt fore magis rationi consentaneam, quia donatio bonorum præsentium nihil deberet amittere, sive ex eo quod fiat in contractu matrimonii, sive ex eo quod adjunctam habeat donationem bonorum futurorum, et tamen ad aliam opinionem, invitus licet, accedit, utpote inter interpretes codicis Civilis magis receptam, et articulo 1089 nimis aperte innixam; VAZEILLE, ad art. 1089, n° 3, qui tamen existimat, n° 4, aliud dicendum esse, si donator bona præsentia statim donatario tradat, quia tunc satis ostendit hanc esse donationem diversam, nec cum donatione bonorum futurorum indivisibiliter adjunctam; COIN-DELISLE, ad art. 1084, ubi agnoscit in provinciis juris scripti hanc donationem habitam fuisse reipsa tanquam duplicem, sed contendit aliud fuisse statutum in edicto an. 1731, et in codice Civilis; unicam esse donationem, quæ nihil aliud est quam *Institutio contractualis*, cum facultate relicta donatario standi, si velit, moriente donatore, bonis quæ existerant tempore donationis; cui proinde applicanda sunt (iis exceptis quæ ex hac facultate sequuntur), omnia quæ statuuntur art. 1082 et 1083 de donatione bonorum quæ supererunt tempore mortis: igitur, inquit, n° 6, donatio quoad bona præsentia est irrevocabilis, nec infirmari potest per alienationes titulo oneroso; attamen dominium non est penes donatarium, sed remanet penes donatorem, sed sub conditione resolutoria, scilicet optionis a donatario faciendæ; unde non potest bona alienare nisi sub eadem conditione, et æquiparatur ei qui gravatur onere

restituendi in substitutione non prohibita : sed non prohibetur absolute alienare titulo oneroso, quia fieri potest ut per eas alienationes fortunam suam augeat, et tunc donatarii non intererit donationem dividere, sed eam accipiet integram, tenebiturque illæsa servare jura eorum qui a donatore acquisierint.

650. Observandum superest, 1°. donationes sponsis factas in contractu matrimoniali esse nihilominus, quando aperitur successio donatoris, reductibiles ad portionem de qua ex lege disponere poterat; art. 1090 : quantuscumque sit favor matrimonii, prævalere non potuit motivis ex quibus inducta est reservatio. 2°. Hujusmodi donationes esse semper irrevocabiles ex parte donatoris, in eo sensu quod, licet possit eas modificare in casibus de quibus art. 1082, 1084, 1086, nunquam posset eas directe revocare per actum contrarium : solæ causæ revocationis sunt inexecutio conditionum (art. 953), et supervenientia filiorum (art. 960).

651. II°. *De donationibus quæ FIUNT INTER SPONSOS.*

Codex Civilis hic loquitur de donationibus quæ fiunt tum ante matrimonium seu in contractu matrimoniali, tum durante matrimonio : sed tradit quasdam regulas utrisque communes, de quibus primum dicendum.

I. *Regulæ generales.* 1°. Hujusmodi donationes non revocantur ob supervenientiam filiorum; art. 960 : prolis legitimæ natiuitas imprimis intenditur a contrahentibus. Vid. quæ diximus supra (n° 611).

2°. Diversa est bonorum pars quam sibi invicem donare possunt sponsi, pro diversis casibus in quibus versantur : quatuor distingui possunt.

1. Si donator nec ascendentes, nec descendentes habeat, omnia bona sua alteri conjugii donare potest : nulla tunc existit reservatio, ex antea dictis.

2. Si ascendentes tantum habeat, conjugii suo dare po-

test eam partem quam extraneo dare posset, et insuper usumfructum alterius portionis quam lex ascendentibus reservat; art. 1094. Observat MALEVILLE, ad eum articulum, et post eum plerique jurisperiti, satis absonum esse ut ascendentes ad fruendum parte sibi reservata cogi possint expectare mortem conjugis donatarii, qui plerumque est longe junioris ætatis : eam dispositionem vindicare conatur GRENIER, n° 449, in fine; sed invicta non videtur hujus responsio.

3. Si descendentes habeat ex sponso cui donare intendit, potest ipsi dare vel quartam partem quoad plenam proprietatem, et quartam partem quoad usumfructum, vel dimidiam partem<sup>1</sup> quoad usumfructum tantum; art. 1094. Observant jurisperiti exinde sequi quod, ubi adsunt tres filii aut amplius, plus dare possit conjugi quam extraneo, cui dare non posset nisi quartam partem bonorum; quod quidem mirum videri non debet, ob favorem matrimonii. Sed contra si adsit unicus filius, extraneo dare posset dimidiam partem, et minus conjugi dare poterit. Quamvis illud mirum videri possit, prout plures advertunt, ita tamen plerique articulum intelligunt : TOULLIER, n° 869; GRENIER, n° 449; DELVINCOURT, p. 433; LEVASSEUR, *Portion disponible*, n° 62; GUILHON, *Donations*, n° 259; DURANTON, n° 787; POUJOL, ad art. 1094, n° 4; ROGRON, ad art. 1094; COIN-DELISLE, ad art. 1094, n° 5. Verum contra eam interpretationem strenue insurgit BENECH, in facultate Tolosana professor, in speciali opere, *De la port. dispon. entre époux* : propugnat conjugem semper dare posse conjugi quod donare posset extraneo. Observat art. 1094 non esse restrictivum seu prohibitivum,

<sup>1</sup> Satis inutilis est ista dispositio post priorem partem articuli. Vix aliter explicari potest, quam ex variationibus quæ locum habuerunt quando actum est de determinanda portione disponibili. Vid. BENECH, op. mox citando, p. 214 et seq.

multumque sub eo respectu differre ab art. 1098; ideoque conjugem stare posse articulo 913, præsertim si ratio habeatur articuli 902, ex quo potest de bonis suis disponere quicumque non declaratur inhabilis per legem: additque ita rem explicandam esse, ne recedamus a mente legislatorum omnium, et a principiis rationis et æquitatis. Jurisperitorum est de his argumentis judicium ferre: nobis certe videntur magni ponderis; quosdam auctores affert, p. 171 et seq., suæ opinioni plus minusve expresse faventes. Expendit, *ibid.*, p. 185 et seq., quomodo determinanda sit portio disponibilis, quando sponsus vult hujus partem unam dare coniugi, alteram extraneo: hic etiam in multis emendare satagit jurisprudentiam tribunalium, quæ nec inter se concordant, nec cum variorum auctorum doctrina; eum in hac præsertim parte non pauci sequuntur. Vid. *Revue de Législation et de Jurispr.*, t. XVI, p. 215 et seq., et t. XIX, p. 260 et seq.

4. Demum ille qui habet filios ex præcedenti matrimonio, et novum matrimonium init, non potest donare sponso nisi partem æqualem parti filii legitimi minus capientis, et nunquam ultra quartam partem hæreditatis suæ; art. 1098. In isto igitur casu sponsus minus dare potest coniugi quam extraneo. Aperta est lex, quæ hic exprimitur verbis restrictivis. Ea affertur ratio, quod minus timendum sit ne sponsus det extraneo in damnum filii ex priori matrimonio orti, quam ne det novo coniugi. Olim vigeat circa præsentem casum edictum anni 1560, quod dicebatur *Édit des secondes nocces*, latum promovente cancellario DE L'HOPITAL. Optandum fuisset, juxta plerosque jurisperitos recentiores, ut in novo Codice admitteretur illa edicti dispositio, juxta quam filiis ex priori matrimonio ortis reservabantur bona quæ conjux superstes ex conjugis præmortui liberalitate acceperat: sed adeo refugiebant novi legislatores a substitutionibus, ut ideo præfatam dis-

positionem omiserint. Cæterum observat COIN-DELISLE, ad art. 1098, n° 1, posse conjugem qui donat alteri conjugui providere bono filiorum communium, vel dando tantum usumfructum, vel per substitutionem, etc.

Ille articulus 1098 locum dat non paucis difficultatibus, de quibus adeantur jurisperiti.

3°. Ne eludi possint dispositiones mox allatæ, statuit lex, art. 1099, non posse conjuges sibi donare indirecte ultra quod eis permittitur, et irritam esse omnem donationem simulatam, vel factam per personas interpositas : art. autem 1100 declarat quænam personæ reputari debeant interpositæ.

De his jam antea diximus (n° 162, 163, 168). Sed duo supersunt hic expendenda, ut perspectus fiat sensus prædictorum articulorum.

1. *Quibusnam donationibus* applicentur illi articuli, seu quænam donationes subjiciantur nullitati quæ hic pronuntiat?

Quidam jurisperiti nullitatem restrinxerunt, aut restringere visi sunt, ad donationes de quibus agit art. 1098, eas scilicet quas conjux filios habens ex priori matrimonio facit posteriori conjugui : quidam latius extenderunt, sed non ad donationes quæ fiunt per contractum matrimonii, quando neuter conjux filios habet. Verum alii rejecerunt illas restrictiones, et docuerunt art. 1099 et 1100 applicari omnibus dispositionibus de quibus agitur in cap. ix, proindeque primo non minus quam secundo matrimonio, et donationibus quæ fierent sive per contractum matrimonii, sive durante matrimonio; id indicant verba articuli, *Les dispositions ci-dessus*, et locus in quo legitur : solummodo quidam articuli hujus capituli non applicabuntur primo matrimonio, ii nempe qui supponunt filios ortos ex matrimonio præcedenti. Hanc doctrinam certam esse pronuntiat COIN-DELISLE, ad art. 1099, n° 2 et seq., et plura inde educit consectaria.



2. Utrum donatio quæ excedit portionem lege determinatam sit *omnino irrita*, an vero *tantum reductibilis*?

Donatio *indirecta* declaratur tantum reductibilis; donatio vero *simulata*, vel *per personam interpositam* pronuntiatur simpliciter irrita : unde deducunt multi auctores, ut diximus (n° 168), in secunda parte articuli 1099 statui nullitatem etiam quoad partem disponibilem. In ea igitur sententia, donatio indirecta, id est, quæ sequitur ex actu diverso, inito sine fraude vel simulatione, v. g., ex renuntiatione cuidam successioni, vel ex quadam ex iis conventionibus de quibus statuunt art. 1496, 1527 et 1595, erit tantum reductibilis : sed in casu simulationis, aut personæ interpositæ, lex illam fraudem seu simulationem pœna plectit, statuendo omnimodam nullitatem.

Non desunt tamen, ut *ibidem* diximus, qui existiment in nullo casu pronuntiari nullitatem, sed solam reductibilitatem. Eam sententiam amplectitur, et strenue propugnat COIN-DELSLE, n° 13 et seq., tanquam omnino congruam tum paci familiarum, tum menti legislatoris, et ipsis verbis legis. Juxta illum, secunda pars articuli 1099 non est intelligenda per oppositionem ad partem primam, vel tanquam illius restrictio aut extensio, sed est merum illius consecrarium : quando aliquis dicitur donare indirecte, his verbis includitur quælibet donatio simulata, aut per personam interpositam; et nulla est donatio indirecta quæ non sit vel simulata, quando dissimulatur donatio, vel per personam interpositam, quando dissimulatur donatarius. Igitur secunda pars est mera explicatio primæ; ac proinde eodem sensu intelligenda est. Hæc omnia indicare sufficiat, quæ accurate, pro more suo, evolvit memoratus auctor.

652. II. *Regulæ speciales de donationibus quæ fiunt inter sponsos in contractu matrimoniali.* 1°. Possunt sponsi in contractu matrimoniali facere sibi invicem, vel simpliciter

unus alteri, quascumque donationes, id est, sive bonorum præsentium, sive futurorum, sive præsentium simul et futurorum, salvis tamen quibusdam modificationibus mox afferendis; art. 1091.

1. *Donatio bonorum præsentium* non censetur facta sub conditione quæ dicitur *de Survie*, id est, *Si donatarius superstes fuerit*; et subjicitur regulis et formis supra præscriptis pro hujusmodi donationibus; art. 1092.

Si igitur præfata conditio expresse apposita non fuerit, dominium statim irrevocabiliter transit ad donatarium, et eo mortuo ad ejus hæredes, quicumque sint. Attamen hæc donatio, juxta DELVINCOURT, p. 113, 114, revocari potest in tribus casibus: si non impleantur conditiones huic appositæ; juxta multos, ob separationem quoad thorum, si adversus donatarium pronuntiata fuerit, sine reciprocitate, juxta art. 299 et 300; si demum maritus mercator foro cesserit, art. 564 (olim 549) codicis Commericii.

Per regulas autem de quibus loquitur articulus intelligendæ sunt sive, juxta art. 1081, regulæ generales de donationibus inter vivos, sive regulæ speciales de donationibus in causa matrimonii, quæ occurrunt tum in art. 947, 959 et 960, tum in cap. VIII præsentis tituli. Vid. COIN-DELISLE, ad art. 1092, n<sup>is</sup> 6, 7.

2. *Donatio bonorum futurorum, vel præsentium simul et futurorum*, facta inter sponso per contractum matrimonialem, subjicitur iisdem regulis ac donatio facta ab extraneo; nisi quod in casu quo sponsus donatarius moritur ante donatorem, bona liberis ex matrimonio procreatis non transmittuntur, sed ad donatorem redeunt: art. 1093. Ratio exceptionis est, quia hæc bona filiis obvenient in successione. Addit DELVINCOURT, p. 448, aliam rationem: scilicet non expedit ut parentes spolientur in gratiam filiorum, ne isti facilius declinent a reverentia illis debita. Ex hac autem ratione concludit eam dispositionem niti bono

publico, ideoque tolli non posse per stipulationem contrariam: quod tamen non admittit DURANTON, n° 759, cujus opinionem, etsi in facultate Parisiensi communiorem, refellit COIN-DELISLE, ad art. 1093, n° 4, sive quia nocet auctoritati paternæ, sicque adversatur articulo 1388, sive ex art. 906, cui derogatum non est pro casu præsentis.

2°. *Minores* non prohibentur easdem donationes facere, sed indigent, ut valide eas faciant, consensu et assistentia eorum quorum consensus requiritur ad matrimonium; art. 1095. Sed ea facultas non respicit nisi donationes factas in contractu matrimonii.

653. III. *Regulæ speciales de donationibus quæ inter sponsos fiunt durante matrimonio.* Hujusmodi donationes non omnino prohibentur, prout prohibebantur jure Romano antiquo, et in multis Galliæ consuetudinibus. Attamen ne sponsi mutuo amore seducti seipsos spolient, neve concordia conjugalitatis pretio emi videatur, aut præbeatur rixis occasio, hæc statuuntur. 1°. Hujusmodi donationes, licet inter vivos conceptæ, semper quamdiu constat matrimonium revocari possunt, et uxor ad hanc revocationem nulla auctoritate indiget; art. 1096. Nulla specialis forma pro hac revocatione præscribitur. Non revocantur per supervenientiam filiorum; art. 1096: cum donator semper revocare possit, si non revocet, signum est eum in sua voluntate perseverare. 2°. Non possunt sponsi, durante matrimonio, sibi mutuam donationem per unum et eundem actum facere, sive inter vivos, sive per testamentum; art. 1097: timendum esset ne, si unus revocare vellet, litibus et difficultatibus janua aperiretur.

De natura hujusmodi donationum inter jurisperitos non constat, ut jam vidimus (n° 495). Cum sint revocabiles, accedere videntur ad donationes in causa mortis; attamen verba ipsa art. 1096 indicant fieri posse per modum donationis inter vivos, et judicavit Curia suprema iis applican-

dum esse art. 948, quo exigitur index æstimatorius bonorum mobilium quæ sunt objectum donationis inter vivos. Est ergo veluti quoddam medium inter donationem inter vivos, et donationem in causa mortis : est donatio conditionata, nempe sub conditione quod non revocetur. Vid. GRENIER, n<sup>is</sup> 452-459 et 459 *bis*, *Supplém.*, p. 221; TOULLIER, n<sup>o</sup> 917 et seq.; VAZEILLE, ad art. 1096, n<sup>o</sup> 2 et seq.; POUJOL, ad art. 1096, n<sup>is</sup> 7, 8; COIN-DELISLE, ad art. 893, n<sup>o</sup> 7, et ad art. 1096, n<sup>is</sup> 1, 6.

654. COROLLARIUM. Ex dictis concludi potest *quonam tempore necessaria sit habilitas donandi et recipiendi* in donationibus factis causa matrimonii.

Applicando hic principia quæ exposuimus in prima parte, tum circa actus absolute initos (n<sup>o</sup> 245 et seq.), tum circa actus conditionatos (n<sup>o</sup> 317 et seq.), hæc statui possunt.

1°. De donatione *bonorum præsentium* nulla occurrit peculiaris difficultas. Si fiat in contractu matrimoniali, cum tempus acceptionis diversum non sit a tempore donationis, sufficit ut contrahentes sint habiles tempore quo initur contractus. Potest quidem donationi apponi aliqua conditio; imo semper includitur ea conditio, *Si matrimonium sequatur* : sed, prout dictum est (n<sup>o</sup> 317) non requiritur habilitas tempore quo impletur conditio; unde eatenus tantum vitaretur donatio propter supervenientem inhabilitatem, quatenus propter eam deficeret conditio, si nempe donatarius fieret inhabilis ad matrimonium. Ita DEMANTE, *Thémis*, t. VII, p. 479, 480.

2°. De donatione *bonorum quæ donatori supererunt tempore mortis*. De hac, sicut et de cæteris de quibus dicendum superest, major est difficultas, quia cum aliquid participant de natura donationis tum inter vivos, tum in causa mortis, non ita apertum est quænam regulæ iis applicandæ sint. Jam vero quamvis ista donatio differat a testamento

ratione irrevocabilitatis, attamen transmissio boni eodem prorsus modo et eodem tempore locum habet ac in testamento; ac proinde applicanda sunt principia de testamentis posita. Itaque 1. donator debet esse habilis jure et facto tempore donationis. Ex dictis enim hæc conditio communis est tum donationi (nº 249), tum testamento (nº 250). 2. Donator debet esse habilis jure tempore mortis suæ (nº 250). Eo enim tempore vere transmittitur bonum; non potest autem transmitti ab inhabili. Hæc ratio non minus applicatur donationi, licet irrevocabili, quam testamento. Nullo sensu dici potest donatorem fuisse dominio spoliatum ante suam mortem. 3. Donatarius debet esse habilis tempore quo moritur donator (nº 251). Tunc enim vere jus suum acquirit. Huc etiam ducit art. 1089, ex quo caduca fit donatio, si donatarius donatario præmoriatur: quod ostendit, vivente donatore, rem ad donatarium non transiisse. 4. Si conditio apposita fuerit, non constat an donatarius debeat esse habilis tempore quo moritur donator, an tempore quo impletur conditio (nºs 322, 323). Habilitatem pro isto ultimo tempore exigit DEMANTE, p. 488 et seq.: quia antea donatarius non habet nisi spem; cumque illa spes sit ipsius personæ alligata, nec ad ejus hæredes transmissibilis, effectum non consequetur nisi existat et sit habilis quando implebitur conditio. 5. Non requiritur ut donatarius fuerit habilis tempore quo facta est donatio (nº 251): tunc nullum jus vere acquisivit. Vid. DEMANTE, p. 481-494.

3º. De donatione *bonorum præsentium simul et futurorum*; item de donatione *cum conditionibus quæ pendeant a voluntate donatoris*. Applicanda sunt quæ modo diximus de donatione bonorum quæ supererunt. Id enim cum ea commune habent quod dominium non transeat ad donatarium quamdiu vivit donator. Et revera illæ donationes fiunt caducæ, si donatarius præmoriatur; possunt etiam



fieri in gratiam filiorum qui nascentur : igitur non statim fit honorum transmissio, sed tantum quando moritur donator. Necesse est ergo ut donator sit habilis tempore donationis, et moriatur habilis jure; donatarius autem sit habilis quando moritur donator, si donatio sit absoluta, vel quando impletur conditio, si sit conditionata: sed necessarium non est ut donatarius fuerit habilis tempore donationis, ut satis patet ex eo quod donatio fieri possit in gratiam filiorum qui nascentur. DEMANTE, p. 494-498.

### CAPUT III.

#### DE VENDITIONE-EMPTIONE.

655. « Origo emendi vendendique, » ut dicitur l. 1, ff., XVIII, 1, *de Contrahenda empt.*, « a permutationibus cœpit. « Olim enim non ita erat nummus; neque aliud *merx*, « aliud *pretium* vocabatur : sed unusquisque secundum « necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia per- « mutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri super- « est alteri desit. Sed quia non semper nec facile concur- « rebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem « haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cujus « publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permuta- « tionum æqualitate quantitatis subveniret : eaque materia « forma publica percussa, usum dominiumque non tam « ex substantia præbet, quam ex quantitate; nec ultra « *merx* utrumque, sed alterum *pretium* vocatur. » Qui igitur mercem præbet, venditor vocatur; qui vero pretium, emptor : hinc contractus, qui apud Romanos dicebatur *emptio-venditio*, apud nos simpliciter *vente*.

Nullus certe est contractus cujus usus sit frequentior, et ad vitæ communis commoda magis necessarius. Hinc hujus regulas apprime notas habere debent confessarii :

eoque majori cura debemus eas investigare, quod, ut jam notavimus (n° 471), plures ex iis sint cæteris contractibus onerosis applicandæ. Agemus 1°. de natura et forma venditionis; 2°. de iis qui vendere et emere possunt; 3°. de re vendibili, seu merce; 4°. de pretio; 5°. de obligationibus venditoris; 6°. de obligationibus emptoris; 7°. tandem de quibusdam venditionis speciebus peculiaribus.

ART. 1. *De natura et forma venditionis.*

656. Contractus venditionis, ad mentem juris nostri, definiri potest : *Contractus quo transfertur rei alicujus dominium pro pretio determinato.* Unde, ut advertunt jurisperiti, tria ad essentiam venditionis concurrunt, res, pretium, et consensus : si vel unum deficiat, jam non adest venditio.

Quæ spectant ad consensum, intelligi possunt ex dictis in prima parte : de re seu merce, et de pretio agetur in articulis sequentibus. Nunc ut perspecta fiat venditionis natura, exponendum est, an ad ejus essentiam pertineat ut transferatur rei dominium; et qualis contractus sit venditio, seu ad quamnam contractuum speciem referri debeat.

657. I. *An ad venditionis essentiam pertineat ut transferatur rei dominium?*—Ad id potissimum inservire debet hujus quæstionis solutio, ut determinetur quænam sint jura et obligationes tum venditoris, tum emptoris, quando inita est venditio circa objectum cujus dominium transferri non potuit, v. g., quia non pertinebat ad venditorem.

Porro ex jure Romano necessarium non erat ut venditor dominium rei ad emptorem transferret, sed tantum ut se obligaret ad rem tradendam et emptorem servandum indemnem ab omni evictione : venditor (ex l. 30, §. 1, ff., XIX, 1, de Action. empt.), *Hactenus tenetur, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* : illudque principium

eo usque extendebatur, ut si conventio iniretur de transferendo dominio, jam, inquit **DUCAURROY**, *Instit. expliq.*, t. III, n° 1038, non esset venditio, ex l. 16, ff., XII, IV, de *Condict. causa data*, cui tamen contraria erat l. 5, §. 1, ff., XIX, V, de *Præscriptis verbis*. Tale principium admittebant, non solum jurisperiti, sed et theologi : **MOLINA**, D. CCCXXXVI, n° 4, et D. DCCXXI, n° 8, ubi perstringit juniores theologos, qui ignorantes apertissimas juris sanctiones aliter sentiebant ; **DE LUGO**, D. XXVI, n° 4 ; **HAUNOLDUS**, t. IV, tr. X, n° 113, et alii.

Idem olim apud nos admittebatur, ut fuse explicat **POTHIER**, *Vente*, n<sup>o</sup> 1 et 48, juxta quem ex natura contractus, et ex verbis quibus ordinarie initur venditio, colligi potest venditorem se obligare tantum ad transferendum dominium quantum ex se est, et ad indemnem servandum emptorem, si evincatur. Idem admittebant **D. RICHARD**, et **LABRUNIE** : sed multi e nostris theologis videntur ad illud principium parum attendisse.

Attamen propugnavit **CAILLET**, jurisperitus Pictaviensis, initio sæculi XVII, prout refert ipse **POTHIER**, n° 48, principium juris Romani esse arbitrarium, nec in natura rerum fundari ; et merito quidem, ut nobis videtur. Quamvis enim dicat Pothier eum nullum proferre suæ opinionis auctorem, asserri potest quod in hujusmodi quæstione præcipuum esse debet, voluntas contrahentium. Etenim ita vulgo contrahere videntur homines, ut dominii translationem tanquam aliquid essentielle venditioni intendant. Unde, ut ait **TROPLONG**, *Vente*, n° 4, p. 6, et explicat etiam **FREMERY**, *Études de Droit commercial*, c. I, p. 3 et seq., theoria juris Romani ortum duxit solummodo ex eo quod, initio præsertim illius juris, nimia ratio haberetur verborum quibus fiebant contractus, et formularum quibus utendum erat ad intentandam actionem : quare non dubitat **TROPLONG**, n° 230, p. 315, principium allatum vo-

care *La subtilité du droit romain, popularisée en France par Pothier*; et n° 4, p. 11, profert quosdam auctores qui illud principium rejiciebant: quosdam etiam citat DUVERGIER, *Vente*, n° 9, p. 11.

Sed quidquid sit, quæstio est an principium illud retinuerit codex Civilis. Jam vero satis certum nobis videtur contra ab illo principio recessisse, ideoque sub jure novo translationem dominii pertinere ad essentiam venditionis. Ita DURANTON, t. XVI, n° 18, 177; TROPLONG, *Préf.*, p. III, et n° 4, p. 8 et seq.; DUVERGIER, n° 12 et seq. Illudque sic probant. 1°. Ambigua quidem videri potest venditionis definitio, art. 1582, ex qua venditor obligatur tantum ad rem *tradendam*: quæ vox intelligi posset in sensu juris Romani. Sed art. 1583 declarat vi venditionis perfectæ, etiam ante traditionem, *proprietaem* rei transire ad emptorem: idemque supponunt art. 1662, 2181 et 2182.—2°. Ex art. 1604, traditio rem transfert *in potestatem* et possessionem emptoris: porro verba illa, *En la puissance*, præsertim superaddita possessioni, satis expresse indicant proprietatem. 3°. Art. 1599 irritam decernit venditionem rei alienæ; quam e contrario validam declarabat jus Romanum, l. 28, ff., XVIII, 1, *de Contrah. empt.* Ergo codex Civilis non admisit principium juris Romani. Et revera tribuni FAURE et GRENIER, explicando eum articulum, nituntur in eo quod objectum, et scopus venditionis sit translatio proprietatis; *Cod. et Motifs*, t. VI, p. 53, 92.

His non obstantibus, propugnat TOULLIER, t. XIV, n° 240 et seq., derogatum non fuisse principio juris Romani, neque sub jure novo ad essentiam venditionis pertinere translationem dominii: ex articulis enim 1582 et 1603, venditor obligatur tantum ad traditionem rei, non vero ad translationem proprietatis; articulus autem 1599, declarando irritam esse venditionem rei alienæ, non ideo

dat locum resolutioni contractus, sed tantum compensationi damnorum, prout ferunt postrema hujus articuli verba. Principium juris Romani admisit pariter Curia suprema, 12 april. 1831. — Attamen hæc non evertunt argumenta allata. Dici nequit art. 1599 dare tantum locum compensationi damnorum : sensus est quod, præter nullitatem, locus esse possit illi compensationi, prout infra explicabimus (n° 670 et seq.). Vid. TROPLONG, *Addit.*, ad calcem tomi II, ubi refellit Toullier. Neque ad dirimendam controversiam sufficit judicium indicatum Curiae supremæ; quod aliunde sustineri potest independentem a principio juris Romani, quamvis principium illud inter iudicii motiva allatum fuerit : vid. TROPLONG, n° 263; DUVERGIER, n° 16.

Tenendum ergo putamus hodie ad venditionis essentiam pertinere ut rei dominium transferatur. Varia hujus principii consectaria in decursu occurrent, præsertim ubi loquimur de venditione rei alienæ (n° 668); ubi perspectum erit an mutatio per codicem Civilem inducta tanti sit momenti ac primo intuitu videtur. Cæterum præsens quæstio non omnino confundi debet cum alia, quam supra jam expendimus (n° 267 et seq.), et de qua nonnulla adhuc mox occurrent, utrum nempe translatio domini locum habeat ante traditionem rei.

658. II. *Qualis contractus sit venditio.* 1°. Contractus ille, inquit POTHIER, n° 1, est *juris naturalis*, tum quia a jure naturali ducit originem, tum quia jure naturali solum regitur. Hoc tamen intelligendum cum aliqua restrictione : nam ab auctoritate publica quantitatem æstimationis recipit pretium; multæ etiam exstant juris positivi dispositiones, sed plerumque ex jure naturali desumptæ. Exinde concludi potest cum TROPLONG, n° 2, ab isto contractu non excludi mortuum civiliter, prout jam diximus (n° 207).



659. — 2°. Contractus venditionis dicitur *non sollemnis*, quia nulla specialis forma in jure præscribitur : potest fieri vel in forma authentica, vel per scriptum privatum, ex art. 1582. Imo potest fieri, etiam pro immobilibus, per mera verba : supponit enim art. 1583, ut jam observavimus (n° 154), contractum esse perfectum antequam scripto consignetur. « Dans la vente et les autres contrats ordinaires, » aiebat PORTALIS, motiva legis exponens (*Code et Motifs*, t. VI, p. 4), « l'écriture n'est exigée que comme preuve, *Tantum ad probationem*. Ainsi une vente ne sera pas nulle, par cela seul qu'elle n'aura pas été rédigée par écrit; elle aura tout son effet, s'il conste d'ailleurs de son existence. » Talis est jurisprudentia constans, et omnium auctorum doctrina. Sic si venditionem agnoscant contrahentes, ad illius executionem cogentur, ait PIGEAU, t. II, p. 369. Poterit etiam probari per testes, ad sensum articuli 1341 et seq.; CHARDON, *du Dol*, t. I, n° 113.

Excipiuntur tamen quædam objecta in quorum venditione lex scripturam exigit. Ita pro venditione navis, art. 195 codicis Commerçii; pro venditione titulorum qui dicuntur *Brevets d'invention*, lex 14-25 maii 1791 exigit scriptum coram notario. Fieri potest etiam ut ex conventionem partium scriptura pertineat ad substantiam venditionis. Ad illud non sufficit ut contrahentes inter se paciscantur de contractu in scriptis redigendo; tale enim pactum stare potest cum contractu jam inito : sed requiritur ut ex eorum intentione conventio non censeatur ante scripturam nisi merum propositum a quo ipsis recedere liceat. Vid. DURANTON, n° 39; TROPLONG, n° 18-20; DUVERGIER, n° 166, 167.

660. — 3°. Venditio nunc est contractus *consensualis*, id est, qui perficitur solo consensu, et transfert ordinarie dominium antequam res fuerit tradita. Ita statuit art. 1583.

Ille quidem articulus dicit tantum contractum perfectum esse *inter partes*, et dominium acquiri *erga venditorem*; unde quidam concludere voluerunt emptorem non esse absolute et quoad omnes dominum. Verum talis non est illius sensus. Quando admissus fuit, nondum constabat quænam principia statuenda forent circa hypothecas, id est, utrum ita exigenda foret transcriptio, ut inter duas venditiones ejusdem rei posterior anteponeretur, si ante alteram fuisset transcripta; hinc oritur articuli ambiguitas, ut advertunt plerique jurisperiti, et nos jam diximus agentes *de Donatione* (n° 551). Sed postea sublatum est dubium. Articulus enim 2182 declarat venditorem non alia jura transferre quam quæ ipse habet; si ergo jam transtulerit uni dominium, non potest alteri transferre. Illud confirmari potest ex discussionibus quæ locum habuerunt occasione illius articuli, et ex art. 834 codicis Judicialis, ex quo aperte sequitur venditorem non posse, post venditionem perfectam, licet nondum transcriptam, conferre alteri hypothecam. Jam in eo consentire videntur omnes fere jurisperiti. Ita docet, cum aliqua hæsitatione, MALEVILLE, ad art. 2182. Ita apertius PIGEAU, t. II, p. 370, 371; DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 122; TOULLIER, t. VI, n° 204; DURANTON, n° 19; TROPLONG, n° 46, p. 55, quamvis aliunde hanc dispositionem improbet, n° 44, p. 50; DUVERGIER, n° 22 et seq. Unde, juxta Delvincourt, verba articuli, *À l'égard du vendeur*, duo significant: 1. venditionem non nocere juribus quæ alii antea habere poterant in rem venditam; 2. venditorem, licet rei non dominum, non posse postea evincere emptorem, qui erga ipsum semper reputatur proprietarius; quod verum est, etiamsi venditor interim factus fuisset rei dominus; *ibid.*, p. 146.

Diximus *Ordinarie*, quia principio generali quasdam exceptiones seu modificationes apposuit codex Civilis.

1. Quando agitur de *bonis mobilibus*, non applicatur principium, ut jam diximus (n° 268) ex art. 1141. Ex quo sequitur emptorem ante traditionem non censi dominum erga personas extraneas, modo sint bonæ fidei. Sed dicunt jurisperiti reputari dominum erga venditorem, et sic quoad objecta hujusmodi rigore veram esse dispositionem articuli 1583. Ita TOULLIER, t. VII, n<sup>is</sup> 35, 36; PARDESSUS, *Droit commercial*, t. II, n<sup>is</sup> 272, 277; DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 337, et *Cours*, t. XVI, n° 22; TROPLONG, n° 43; DUVERGIER, n° 37.

Huc etiam referri possent art. 1690, 1691; de quibus postea dicemus (n° 745).

2. Si agatur de rebus quæ venduntur *juxta pondus, numerum, aut mensuram*, non statim absolute perfecta est venditio; art. 1585: dum ex art. 1586 venditio statim perfecta foret, si facta fuisset, ut dicitur, *en bloc*. Sed advertendum est in priori articulo explicari quonam sensu venditio statim perfecta non sit, scilicet in eo sensu quod res remaneat periculo venditoris. Unde sub aliis omnibus respectibus venditionem perfectam esse, et speciatim emptorem statim fieri dominum, docent plerique auctores, quibus ideo videtur illam dispositionem nihil aliud esse quam modificationem allatam principio juxta quod res perit domino. Ita PIGEAU, t. II, p. 371; DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 122; DURANTON, t. XVI, n° 92: et in eo sensu judicasse Curiam supremam, 11 nov. 1812, refert MERLIN, *Répert.*, v° *Vente*, §. IV, n° II, t. XVIII, p. 493.

Verum juxta TROPLONG, n° 83-89, perfecta quidem est venditio in eo sensu quod neutri e contrahentibus liberum sit a contractu resilire; sed non in eo sensu quod dominium ad emptorem translatum fuerit: talis enim venditio haberi debet ut conditionata; porro ex communi doctrina (n° 307), in contractibus conditionatis dominium

remanet penes debitorem usque ad eventum conditionis : hinc, inquit, ex præfati articuli discussione satis manifestum est existimatum non fuisse quod dominium transiret ad emptorem, sed ideo rem perire venditori, quia adhuc est illius dominus.

Inter hæc, existimamus cum DUVERGIER, n° 82 et seq., hic non admittendam esse conditionem proprie dictam; sed rationem articulorum 1585, 1586 desumendam esse ex parte indeterminationis. Scilicet, ut observat DURANTON, n° 88, p. 113, art. 1585, supponit objectum esse aliquatenus determinatum; si enim esset venditio tantum *generis*, non posset perire, cum *Genus non pereat* : sed simul supponendum non adesse determinationem sufficientem ut constet de jure sive venditoris, sive emptoris. Defectus autem determinationis potest respicere vel mercedem, vel pretium : v. g., vendo tot measuras tritici desumendas e tali horreo in quo longe major adest tritici quantitas, tali pretio pro qualibet mensura; deest determinatio objecti, cum non hæc mensura potius quam ista debeat censi vendita : contra, vendo totum frumentum quod est in tali horreo, tali pretio pro qualibet mensura; quamdiu non constat quot sint measuræ, determinari nequit quale pretium debeat. Jam vero in priori casu dominium translatum non est; in posteriori autem nihil obstat quin translatum dicatur. Quod vero spectat ad rei interitum, in posteriori casu intelligitur quare recidat in venditorem, quia nempe incertum est quid debeat emptor. Id etiam intelligitur in priori casu, quando una pars tantum tritici interiit; quia nempe dicere nequit venditor periisse præcise partem venditam, ac proinde quamdiu supersunt tot measuræ quot vendidit, tenetur eas tradere. Sed si pereat omne triticum quod est in horreo, cum tunc certum sit periisse partem venditam, existimat DELVINCOURT, p. 123, interitum recidere in emptorem : quamvis autem

contradicant DURANTON, n° 88, p. 116, TROPLONG, n° 90, p. 100, quia venditionem habent ut conditionatam, et DUVERGIER, n° 87, quia obstat art. 1585, illud consentaneum est principiis generalibus expositis in prima parte (n° 433); nec necessarium videtur eum articulum extendere ad omnes omnino casus. Cæterum non semper ita facile est determinare an venditio facta fuerit ad mensuram, an vero *per aversionem*, ut loquuntur jurisperiti Romani (*quasi ab aversis, id est, parum attente considerantibus*, inquit POTHIER): varias regulas tradunt jurisperiti; sed ratio habenda est intentionis contrahentium, et videndum præcipue an ita constitutum fuerit pretium, ut nec variare debeat secundum mensuram, pondus, vel numerum, neque mercis quantitas augeri si minor reperiatur ac suppositum fuerat; DUVERGIER, n° 88 et seq. Vid. etiam POTHIER, n° 309; PARDESSUS, t. II, n° 292; TROPLONG, n° 89 et seq.

3. Quando agitur de rebus *quæ gustari solent*, v. g., de vino, oleo, etc., non adest venditio, donec emptor eas gustaverit et probaverit; art. 1587. In eo articulo non dicitur venditionem esse conditionatam, ut in art. 1588, sed simpliciter non adesse venditionem; unde, ait DELVINCOURT, *Notes*, p. 124, res semper perit venditori: excepta tamen materia commercii, de qua aliter statuitur art. 100 codicis Commericii. Propugnat quidem DUVERGIER, n° 97, ex analogia cum art. 1588, et ex ipsa rei natura, ibi agnoscendam esse conditionem. Sed parvi interest: difficultas est quo sensu sumenda sit illa juris dispositio.

Olim hæc distinctio adhibebatur, juxta POTHIER, n° 310: vel de degustatione facienda ab emptore conventum erat, ut dignosceret an sibi placeret, *si elle étoit de son goût*, vel an esset qualitatis convenientis, *si elle étoit bonne, loyale, marchande*. In priori casu, solius emptoris arbitrio relinquebatur venditionem respuere; in posteriori, recurrendum erat ad iudicium virorum in arte peritorum,



et si mercem illi probarent, tenebatur emptor venditioni stare. Juxta MERLIN, *Répert.*, v° *Vente*, §. IV, n° III, t. XVIII, p. 495, hæc distinctio sublata est per art. 1587. Verum existimamus cum TROPLONG, n° 99, DUVERGIER, n° 101, ubi testatur talem esse usum et jurisprudentiam, et aliis jurisperitis, articulum illum non esse in tanta extensione sumendum; sed aliqua distinctione utendum esse.

1°. Si ex conventionem, vel usu, vel circumstantiis, degustatio faciendâ sit a solo emptore, ut facile evenire potest in rebus ad ejus usum personalem adhibendis, tunc applicabitur art. 1587. Satis erit emptori dicere rem sibi non placere; DELVIN COURT, p. 124; TROPLONG, n° 104: non aderit proinde vera venditio, ut observat postremus auctor, n° 97, cum ex parte emptoris non adsit vinculum juris; attamen obligabitur ex sua parte venditor; nam ex dictis (n° 324), nihil obstat quin vim habeat conventio cui adjungitur conditio potestativa ex parte illius erga quem contrahitur obligatio; *ibid.*, n° 97 et 102, ubi testatur in eo sensu loqui omnes auctores; DUCAURROY, t. III, n° 1042; DURANTON, n° 93, p. 123; DUVERGIER, n° 97, p. 98, *Note*.

2°. Si ex causis modo assignatis degustatio faciendâ sit a viris peritis, quod locum habebit præsertim in rebus quæ enuntur commercii exercendi gratia, tunc adest venditio conditionalis, cui applicandæ sunt regulæ contractus conditionati, non vero art. 1587: obligantur conditionate emptor et venditor; TROPLONG, n° 99; et si res pereat, perit venditori: nisi ex circumstantiis appareat voluisse contrahentes ut statim perfecta esset venditio, *ibid.*, n° 101; vel eos voluisse apponere conditionem resolutoriam, DUVERGIER, n° 103; vel demum nisi agatur de materia commercii, in qua, ut diximus, applicatur art. 100 codicis Commerçii, de quo vid. DURANTON, n° 94, PARDESSUS, n° 283, DUVERGIER, n° 106.

4. Quando venditio fit, ut dicitur, *à l'essai*, ait POTHIER,

n° 264, quem sequitur DELVINCOURT, *Notes*, p. 124, statuisset jus Romanum ut censeretur facta sub conditione resolutoria : unde concludunt rem fuisse periculo emptoris usque ad eventum conditionis. Juxta TROPLONG, n° 106, non absolute statuebatur in jure Romano adesse conditionem resolutoriam ; sed aliquando admittebatur conditio resolutoria, aliquando conditio suspensiva, pro modo quo inita fuerat conventio. Quidquid sit, statuit art. 1588 talem venditionem censi factam sub conditione suspensiva. Agnitum fuit in discussione, et admittunt jurisperiti, posse contrahentes, si velint, pacisci per modum conditionis resolutoriae : sed seclusa conventionem expressa aut implicita, præsumitur conditio suspensiva. Unde sequitur, ut advertit DELVINCOURT, *ibid.*, rem esse periculo venditoris.

Quamvis iste art. 1588 diversis terminis exprimatur ac art. 1587 qui declarat in casu degustationis non adesse venditionem, existimat TROPLONG, n° 108, non adesse inter utrumque casum discrimen : ibi non agnoscit venditionem conditionatam proprie dictam, cum nullum exstet vinculum ex parte emptoris ; sed meram obligationem unilateralem ex parte venditoris. Unde concludit, n° 113, admissionem mercis factam ab emptore non dare locum effectui retroactivo, adeo ut venditio censeatur inita a tempore conventionis : quod ad praxim interesse potest, quando emptor interim bonis cessit. Illud difficile admittemus : dici potest conditionem non esse mere potestativam ex parte emptoris : sive, ut explicant DUCAURROY, n° 1042, et DURANTON, n° 69, quia ordinarie assignatur certum tempus ultra quod probationem differre nequit ; sive quia non raro censi potest probatio remissa in iudicium virorum peritorum ; sive demum quia aliquando talis naturæ est probatio, ut ejus eventus non pendeat a sola emptoris voluntate. Agnoscendam ergo putamus veram conditionem suspensivam, nisi pateat ex circumstantiis

contrahentes nihil aliud intendisse quam obligationem unilateralem ex parte venditoris.

661. Ex his intelligi potest, 1°. quatenus circa effectum venditionis jus novum recesserit a veteri; speciatim quatenus derogatum fuerit principio juris Romani : *Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Illud jam antea (n° 266 et seq.) exposuimus. Intelligi potest 2°. quatenus promissio venditionis æquivalet venditioni, vel ab ea differat : quod etiam fuse exposuimus, ubi de *Promissione* (n° 482 et seq.).

662. — 4°. Venditio haberi debet ut contractus *bonæ fidei* : ut enim in prima parte diximus (n° 263), contractus hodie non sunt stricti juris. Præcipue respiciendum est ad intentionem contrahentium : quia conventio tenet locum legis, nisi sit bonis moribus aut juri contraria; et pleræque legis dispositiones ideo tantum latæ sunt ut conventionem suppleant, quando expressa non adest. In dubio autem favendum est emptori, ex art. 1062. Ratio affertur ab auctoribus, quia venditor censetur præcipuus creditor, ac proinde illi applicatur art. 1162; insuper ad eum præsertim pertinet rem vendendam cognoscere, et condiciones determinare : DELVINCOURT, *Notes*, p. 135. Quamvis illas rationes, et ipsam regulam, æquitati parum consentaneas judicet DUVERGIER, n° 242, talis dispositio, e legibus Romanis desumpta, plerisque auctoribus probata fuit : vid. TROPLONG, n°s 256 et 260. Solummodo, ne nimium extendatur, advertendum est, 1. ad eam non esse recurrendum, nisi quando ex aliis interpretationis regulis sensus conventionis determinari nequit; *ibid.*, n° 257 : 2. eam non applicari nisi quando agitur de ipsa re, de pretio, et de duabus præcipuis obligationibus venditoris, art. 1603 expressis; si enim quæstio moveatur de clausulis contractui adjectis, in quibus emptor præcipuam partem habuisse censi possit, et quarum ratione habendus sit

ut creditor, jam ex principio generali contra ipsum fiet interpretatio : *ibid.*, n° 258 ; DURANTON, n° 187.

ART. 2. *De iis qui vendere et emere possunt.*

663. Ii omnes et soli vendere aut emere possunt, qui, jure communi, habiles sunt ad contrahendum, et quibus emendi vendendique capacitatem lex non sustulit ; art. 1594. In prima parte exposuimus, quinam ex jure communi possint aut non possint contrahere. Agendum est nunc de causis incapacitatis venditionem-emptionem speciatim respicientibus : possunt procedere vel ex parte venditoris, vel ex parte emptoris, vel ex parte utriusque.

I. *Ex parte venditoris.* 1°. Debitor cujus bona immobilia sub custodia tradita sunt, gallice *le saisi*, hujusmodi bona alienare nequit ; art. 692 codicis Judicialis. Illa nullitas fundatur in utilitate creditorum, ut patet ex art. 693 ejusdem Codicis, juxta quem tollitur nullitas, si emptor media per legem indicata adhibeat ut creditoribus satisfiat, si, ut dicitur, *il désintéresse les créanciers*. Attamen cum nitatur lege seu sententia determinativa proprietatis, effectum suum producit in conscientia ante sententiam judicis : imo in foro externo, non opus est ut pronuntietur nullitas per judicem ; unde est vere pleni juris, in sensu jurisperitorum, ut diximus in prima parte (n° 120).

2°. Debitor qui foro cessit (*le failli*), a die judicii quo declarata est cessio amittit administrationem bonorum ; art. 443 codicis Commericii : ac proinde ea vendere non potest. Quinimo ex art. 446 irrita declaratur venditio facta sive post epocham cessationis solutionum determinatam per judicium tribunalis, sive intra decem dies quæ eam præcesserunt : et ex art. 447 potest etiam extra hos casus irrita declarari ad petitionem creditorum, si probeatur facta in eorum fraudem. Sed hæc non respiciunt nisi eos qui commercium exercent. Quoad alios, illæ tantum

venditiones irritæ declarari possunt quæ fraudulentæ probantur, juxta art. 1167 codicis Civilis. Hæc omnia exposuimus in prima parte (n° 374-377).

664. II. *Ex parte emptoris.* 1°. Ex art. 1596, *tutores* non possunt, sub pœna nullitatis, emere vel per se, vel per personam interpositam, bona eorum quorum tutelam gerunt; *mandatarii*, bona quæ ex mandato vendere debent; *administratores* communitatum aut publicorum institutorum, bona quæ administrant; *præpositi publici*, bona nationalia quæ ipsorum ministerio venduntur. Ratio ita statuendi fuit, quia timendum foret ne isti conditione sua abuterentur ad dissimulandum verum statum bonorum et removendos licitatores : « On n'a pas voulu, » inquebat tribunus FAURE (*Cod. et Motifs*, t. VI, p. 52), « mettre « l'intérêt personnel aux prises avec le devoir.... Ces di- « vers agents doivent par devoir faire en sorte d'obtenir le « plus haut prix possible...; leur propre intérêt les invite- « roit à vendre au plus bas prix. » Unde hæc nullitas est tantum relativa : invocari potest tantum ab iis in quorum gratiam constituta est, nempe a minore, etc., non vero ab incapacibus, qui non possunt arguere ex vitio conventionis quam ipsi contra legem inierunt. Ita omnes jurisperiti.

Nullitas respicit sive venditiones quæ fiunt auctoritate publica, veluti quando agitur de bonis minorum, de bonis nationalibus, sive quæ fiunt, ut dicitur, *de gré à gré*. Vid. DUVERGIER, n° 187; DURANTON, n° 137. Expresse extenditur ad emptionem quæ fieret per personam interpositam : sed hic non applicari debet art. 911 ex quo certæ quædam personæ jure præsumuntur interpositæ; ille articulus non respicit nisi donationes : in præsentī casu probanda est interpositio. Ita DURANTON, n° 138; TROPLONG, n° 193; DUVERGIER, n° 193.

2°. Ex art. 713 codicis Judicialis, ille cujus bona po-



sita fuerunt sub custodia et publice venduntur, *le saisi réellement*, vel qui notorie est *solvendo impar*, non potest ea emere : quomodo enim seria esse posset hujusmodi emptio? Recurrendum esset ad id quod vocant jurisperiti *la folle enchère*, juxta art. 737 ejusdem codicis; neque id obtineretur quod statuit art. 744. Prohibitio extenditur ad *judices*, et alios qui munus aliquod obeunt in tribunali cujus auctoritate fit venditio : timendum esset ne sua auctoritate abuterentur ad arcendos licitatores, ut possent ipsi sic minori pretio emere. Observant plures jurisperiti accurata non esse verba præfati articuli 713; qui non est extendendus ad procuratores generales et advocatos generales, cum coram curia regia non fiat hujusmodi venditio : vitium ortum est ex eo quod sub diversis regiminibus diversis nominibus designati fuerint illi magistratus. Vid. epistolam LOCÉ, apud SIREY, XIX, II, p. 168; PAILLIET ad illum articulum; DUVERGIER, n° 203, Note 3.

3°. Ex art. 1597 codicis Civilis, *judices*, *procuratores*, *scribæ*, *advocati*, *notarii*, etc., non possunt emere jura litigiosa quæ sunt de foro tribunalis in cujus territorio munus suum exercent. Illa dispositio, juri Romano et priscis regum nostrorum edictis innixa, fundatur non solum metu ne hi potestate sua abutantur in damnum venditoris, sed et quadam honestate publica : vid. TROPLONG, n° 195, 196; DUVERGIER, n° 195 : « Un juge est établi « pour terminer les contestations des parties, et non pour « en trafiquer, » aiebat PORTALIS, qui illud pluribus evolvit (*Cod. et Motifs*, t. VI, p. 11). Olim non comprehendebantur sub ea prohibitionem notarii : hodie vero expresse includuntur. Scilicet si agatur de bonis quæ venduntur eorum ministerio, ea respicit prohibitio articuli 1595 : in casu vero articuli 1597, timuit lex ne abuterentur notationibus quas ex sua conditione, et sæpe ex ipsorum litigantium communicationibus hauserunt. Ita MALEVILLE,

ad art. 1597; DELVINCOURT, *Notes*, p. 128. Quamvis autem articulus non loquatur de personis interpositis, docent jurisperiti contractum ea via occultatum fore nihilo minus irritum, quemadmodum in casu articuli 1596 : DURANTON, n° 140; TROPLONG, n° 202; DUVERGIER, n° 202.

Dicitur *In cujus territorio (dans le ressort duquel)*, etc.: unde qui munus exercent in tribunali primæ instantiæ possunt emere in territorio alterius tribunalis, licet eidem curiæ regiæ subjecti; sed qui exercent in curia regia, non possunt emere in territorio ullius e tribunalibus ei curiæ subjectis, quia jus litigiosum est de eorum foro, cum ad eos possit per appellationem devolvi. Ita PIGEAU, t. II, p. 378; DELVINCOURT, *Notes*, p. 128; TROPLONG, n° 198, 199; DUVERGIER, n° 198. Propter eandem rationem, qui exercent in Curia suprema non possunt in ulla parte regni jura litigiosa emere; DURANTON, n° 144.

Per jura litigiosa, intelliguntur non solum ea de quibus lis existit sive quoad substantiam, sive quoad formam, sive merito, sive immerito, ad sensum articuli 1700, sed etiam ea omnia de quibus metuendum est ne lis moveatur: cum enim adhibeantur hæc verba, *Procès, droits et actions litigieux*, satis apertum est prohibitionem non restringi ad casum litis jam intentatæ. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 128, 171; DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 254, et *Cours*, t. XVI, n° 141; TROPLONG, n° 200; DUVERGIER, n° 199.

Nullitas illa non extinguit, ut olim, jura litigiosa in se spectata; sed attingit tantum eorum cessionem; DURANTON, n° 145. Juxta DUVERGIER, n° 200, est absoluta, et potest proponi etiam a ministerio publico: juxta DELVINCOURT, p. 128, proponi potest ab omnibus quorum interest, exceptis talium jurium emptoribus. Rem sic explicat TROPLONG, n° 196: debitor profecto potest nullitatem

opponere, ut repellat eum qui jus adquisiit, rem habiturus tantum cum vero suo creditore; emptor juris nullam actionem habet contra venditorem, ad conventionis executionem; neque venditor actionem habet contra emptorem. Supponit Duranton neutrum posse postulare rescissionem conventionis jam executioni mandatæ, quia *Nemo ex delicto suo consequi debet actionem*; contrarium supponere videtur Troplong, quia alioquin conventio vere produceret aliquem effectum: videantur quæ diximus de *Contractibus sub conditione turpi* (nº 337).

*Nota.* Cum venditione de qua hic egimus magnam affinitatem habet conventio quam vocant jurisperiti *de Quota litis*; qua scilicet creditor juris litigiosi partem hujus promittit alteri qui suscipit onus procurandi solutionem. De ea vid. DUVERGIER, nº 201, et t. II, nº 389.

4º. Ex art. 176 codicis Pœnalis, varii magistratus, sive civiles, sive militares, prohibentur in locis suæ auctoritati subjectis commercium agere granorum aut liquorum, nisi ea in propriis collegerint. Sed hæc est mera prohibitio, potius quam incapacitas, ut antea diximus (nº 227). Non enim declaratur venditio irrita. Illi præpositi plectuntur mulcta, et merces fisco addicuntur: sed profecto non eximuntur ipsi a mercibus illis solvendis, ut observat TOULLIER, t. VI, nº 128.

665. III. *Ex parte venditoris simul et emptoris.* Ex art. 1595 codicis Civilis, vir et uxor non possunt inter se contractum venditionis inire nisi in triplici casu: 1. si unus alteri a quo est per sententiam judicis separatus, bona cedat in solutionem debiti; 2. si maritus uxori etiam non separatæ quædam bona transferat ex causa legitima, v. g., ad compensanda bona ejus alienata, vel pecuniæ summam ad eam pertinentem, modo hæc non includantur in bonis communitatis; 3. si uxor marito bona cedat in solutionem dotis promissæ, modo non sint sub regimine communita-

tis : salvis tamen, in triplici casu, juribus hæredum, si adsit donatio indirecta. Voluit legislator præcavere ne conjuges possent eludere dispositionem legum quibus prohibentur sibi dare ultra portionem determinatam, art. 1099 ; vel quibus statuitur donationes inter ipsos semper fore revocabiles, art. 1096 : item, ne maritus auctoritate sua, ne uxor blanditiis suis abuterentur in damnum alterius : demum ne ea via creditoribus damnum fraudulenter inferretur. Insuper difficile visum est ut inter maritum caput communitatis, et uxorem ipsi subjectam servaretur æqualitas sufficiens. Vid. *Cod. et Motifs*, t. VI, p. 8 ; TROPLONG, n° 178.

Cessant autem illæ rationes quando adest causa legitima, ut in tribus casibus assignatis : in quibus non tam adest venditio, quam *datio in solutum*, quæ in pluribus differt a venditione, ut explicant jurisperiti ; DELVINCOURT, *Notes*, p. 128, 129 ; DURANTON, n° 147 ; DUVERGIER, n° 177. Hinc etiam docent communius auctores in secundo ex his casibus afferri tantum exemplum, nec excludi alias causas ejusdem generis : DELVINCOURT, p. 129 ; PIGEAU, p. 376 ; DURANTON, n° 149 ; TROPLONG, n° 180 ; DUVERGIER, n° 179.

Sed non ita constat, utrum et quatenus pro irritis habendi sint actus initi contra dispositionem illius articuli ? Duplex fingi potest hypothesis.

1°. Si venditio fiat in uno e tribus casibus in quibus permittitur, sed includat donationem indirectam, v. g., ob vilitatem pretii, actus non declaratur irritus : statuitur tantum salva esse hæredum jura. Inde sequi videtur hanc donationem impugnari non posse nisi ab hæredibus legitimariis, qui soli jus habent ad reservationem ; iis enim deficientibus, potest conjux omnia bona sua dare alteri conjugi : hæc igitur donatio non est irrita, sed tantum reductibilis. Ita TOULLIER, t. XII, n° 41, p. 64 ; DURAN-

TON, n<sup>is</sup> 151, 152; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 185; BOILEUX, ad art. 1595. Unde confirmari videtur opinio quæ tenet per art. 1099 donationem simulatam inter conjuges non declarari absolute irritam, sed solummodo quatenus excedit portionem disponibilem. Vid. dicta n<sup>is</sup> 168 et 651.

2<sup>o</sup>. Si venditio fiat extra casus in quibus permittitur, multum dissentiunt jurisperiti. Juxta TOULLIER, t. XII, n<sup>o</sup> 41, p. 64 et seq., habenda est ut donatio simulata; est ergo revocabilis, quemadmodum omnis donatio inter conjuges ex art. 1096, et si excedat portionem disponibilem reductibilis: sed non est irrita; notatu enim dignum est art. 1595 non pronuntiari nullitatem quemadmodum pronuntiatur in duobus articulis subsequentibus. Juxta TROP-LONG, n<sup>o</sup> 185, quem sequitur DUVERGIER, n<sup>o</sup> 183, hæc vera erunt, si conjuges reipsa intenderint donationem simulatam: sed si, ut sæpe evenire potest, non intenderint donationem, sed veram venditionem, non aderit donatio ex defectu intentionis, nec venditio ob prohibitionem legis; actus ergo irritus erit. Tandem juxta DURANTON, n<sup>o</sup> 153, actus est omnino irritus. Non valet ut donatio, cum desint solemnitates requisitæ: non adest venditio, cum prohibeatur a lege. Unde iste actus differt ab iis in quibus donatio occultatur sub specie venditionis, quorum validitatem agnoscit jurisprudentia (n<sup>o</sup> 169): in casibus enim ordinariis supponitur contrahentes inire posse contractum venditionis, dum in præsentī casu iste præcise contractus prohibetur.

Quando autem actus est irritus, nullitas postulari potest ab ipsis conjugibus, vel ab eorum hæredibus: item a creditoribus, si probent actum fuisse initum in fraudem sui juris, quod facile præsumitur quando jus illud ante actum initum existebat; imo juxta quosdam, creditoribus opus non est ut probent fraudem, sed possunt nullitatem, utpote absolutam, invocare, etiamsi jus suum exortum



non sit nisi post actum initum. Vid. DUVERGIER, n<sup>is</sup> 183, 184.

ART. 3. *De re vendibili, seu merce.*

666. Ex art. 1598, vendi possunt quæcumque sunt in commercio, nisi per leges peculiares prohibeatur eorum alienatio. Hic ergo applicanda sunt quæ diximus in prima parte de *Materia contractuum* (n<sup>o</sup> 209 et seq.): ibi nonnulla expendimus ex iis quæ statuit codex Civilis circa objectum venditionis, v. g., de venditione hæreditatis futuræ, de qua art. 1600 (n<sup>o</sup> 214), vel rei quæ jam tempore contractus periit, de qua art. 1601 (n<sup>o</sup> 213). Agemus tantum in præsentī, 1<sup>o</sup>. de venditione rei alienæ, de qua dicendum huc remisimus (n<sup>o</sup> 217); 2<sup>o</sup>. de venditione seu de alienatione fundi dotalis; 3<sup>o</sup>. de venditione rerum quibus emptor prævidetur abusurus.

667. I<sup>o</sup>. *De venditione REI ALIENÆ. I. Ex jure Romano.* Cum, ut diximus (n<sup>o</sup> 657), ad essentiam venditionis non pertineret ut transferretur rei dominium, sed tantum ut venditor se obligaret ad rem tradendam, pro certo tenebatur vendi posse rem alienam, ut pariter diximus (n<sup>o</sup> 217): quia nempe semper stabat venditoris obligatio rem tradendi, et emptorem in casu evictionis indemnem præstandi. Sed illa decisio restringebatur ad casum quo emptor ignorabat rem esse alienam: si enim id sciret, censebatur in se suscipere illius periculum; unde venditor non tenebatur tunc de evictione: sed simul dicendum erat eum teneri, saltem in foro interno, restituere pretium; hujus enim retinendi nullum titulum habebat, nisi posset præsumere donationem emptoris. Etenim vel rem vendendo conscius fuerat rei alienæ, vel non: in priori casu, non poterat fructum percipere ex fraude sua; in posteriori, recursum habebat contra suum auctorem, neque ex hujus dolo debebat emolumentum consequi. Ita BEÜSCH, c. IV, n<sup>o</sup> 123.

Hinc 1°. emptor non poterat, antequam evinceretur, contra venditorem agere : excepto tamen casu quo venditor sciens rem alienam emptori ignoranti tradidisset; tunc isti competeat actio quæ dicebatur *Ex empto*.

Hinc 2°. docebant theologi venditorem teneri, etiam in conscientia, rem alienam tradere. Cum autem naturaliter illicitum sit rem alienam tradere alteri quam domino cui clamat, varias vias inierant auctores illud explicandi. Juxta plures, ratio desumenda erat ex auctoritate legis; dicebant nempe vi alti domini quod competit principi, consensum domini suppleri, et præcipi ut res tradatur emptori, ne per iniquos lædantur innocentes, quibus non satis provideretur eis concedendo actionem ex dolo, qui plerumque difficillimæ est probationis. Sed simul observabant teneri venditorem, rem tradendo, monere dominum, si novisset, ut scilicet rem suam repetere posset; item monere emptorem, quia fraus est aliquem inducere ad rem alienam emendam, quam forte non emeret si sciret esse alienam. Ita BEÜSCH, n° 124-126, quem sequebatur D. RICHARD. Juxta HAUNOLDUM, t. IV, tr. X, n° 112, difficilis est ea explicatio : textus enim qui afferuntur ex jure Romano, non sunt principis legem statuentis, sed responsa jurisperitorum declarantium tantummodo naturam contractus. Unde ipse existimat solutionem repetendam esse ex consensu domini rei. Scilicet vel venditor nescit cujus sit res, licet sciat esse alienam, vel cognoscit dominum. In priori casu, domino æque optabile est, imo optabilius ut res tradatur alteri, qui nesciens esse alienam non erit sollicitus de ea occultanda, prout esset venditor; ac proinde facilius innotescet domino. In posteriori, cum supponatur venditorem non habere animum rem reddendi domino, sed eam vendendi, iterum est potius domino optabile ut tradatur alteri, quam ut maneat apud venditorem, præsertim cum semper iste obligetur in conscientia

ad manifestandum domino apud quem res sit. Verum reponit BEÜSCH, n° 124, hanc rationem nimium probare, nempe licitam esse ipsam rei alienæ venditionem, sine qua traditio locum non haberet : insuper falsum esse quod hæc traditio optabilior sit domino; contra optabilius esse ut res maneat apud malæ fidei possessorem, quia citius sperari potest restitutio ab eo, conscientia urgente, facienda, cum plures certe restitutiones a malæ fidei possessoribus fiant, quam a bonæ fidei emptoribus evictiones obtineantur. Aliunde si agatur de re immobili, non potest occultari : si de mobili, fur ordinarie non eam vendit in loco ubi moratur dominus.

Hæc ex jure Romano tradebantur : sed non erant extra difficultatem, saltem quoad forum conscientiæ, ut patet ex variis theologorum explicationibus mox allatis. Nobis videtur, etiam admissio juris Romani principio circa naturam venditionis, eatenus tantum venditorem obligatum fuisse ad tradendam rem venditam quam sciebat esse alienam, quatenus tenebatur eam ipse emere, vel alio modo obtinere consensum domini; quo deficiente, contra tenebatur rem domino reddere, et emptorem servare indemnem quemadmodum in casu evictionis : id sequi videtur ex jure proprietatis, quo spoliari non potest dominus, saltem sine expressa legis dispositione, qualem non vidimus fuisse ab auctoribus prolata.

668. II. *Ex jure Gallico.* Sub jure *veteri*, admissa fuisse videntur apud nos principia juris Romani : saltem nullam videmus dispositionem peculiarem. Sub jure *novo*, ex art. 1599 irrita declaratur venditio rei alienæ. Testatur MALEVILLE, ad illum articulum, t. III, p. 313, eum multas expertum esse difficultates : ideo fuit admissus, quia visum est eum esse magis consentaneum naturæ venditionis, cujus scopus est translatio domini; quæ cum de re aliena locum habere nequeat, nonnisi valde impro-

prie dici posset venditionem subsistere. Ita varii consilarii, et oratores. *Confér. du Code*, t. VI, p. 13 et seq.; *Code et motifs*, t. VI, p. 12, 53 : addit tribunus GRENIER, *ibid.*, p. 92, principium juris Romani aliquando favere posse fraudi et iniquæ contrahentium intentioni.

Novum ergo principium induxit codex Civilis; et quidem naturæ venditionis, et justitiæ magis consentaneum, ut jam diximus (n° 657). Sed quæstio est, quousque extendi debeat hæc mutatio? — Juxta quosdam, est maximi momenti : « Il y a là, » inquit TROPLONG, *Præfat.*, p. III, « une grande innovation; c'est la substitution du droit à l'empire du fait; c'est le renversement d'une des bases fondamentales du travail de Pothier. » Juxta alios, non tantum adest discrimen ac primo intuitu videretur : olim talis venditio non erat sub omni respectu valida; hodie non est sub omni respectu irrita : si res propius inspicatur, « L'on voit, » inquit DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 131, « que la différence entre les deux droits, qui, au premier coup d'œil, paroît être du tout au tout, se réduit, dans le fait, à bien peu de chose. » Ita etiam plures alii.

Ut accuratum feratur judicium, videndum est quomodo juris novi principium variis casibus applicetur, quisnam sit illius sensus, et præsertim quænam inducat consecutaria.

669. — 1°. Dicunt multi art. 1599 non applicari *bonis mobilibus* : illud evidenter sequitur, ait DELVINCOURT, *Notes*, p. 131, ex art. 2279, 2280; id agnoscebat tribunus GRENIER, (*Code et motifs*, t. VI, p. 92); et admittere videntur jurisperiti. Attamen illi articuli, quocumque sensu intelligantur, non probant præcise validam esse venditionem rei alienæ mobilis, sed tantum quæstionem de proprietate rei hujusmodi solvendam esse, non ex titulo, sed ex possessione quæ tituli locum tenet : sed insuper non constat an nomine

rei amissæ aut furtivæ intelligenda sit, necne, quælibet res cujus dominus possessionem amisit; ac proinde an in omni casu exigendum non sit ut triennium effluerit a die quo dominus possessionem amisit: (illud expendimus in Compendio *de Justitia*, n° 156 et seq.) Quidquid sit, ex art. 1141 dominium rei mobilis non absolute transfertur ante traditionem, ut supra diximus (n° 660, p. 278): sed si res eadem duobus successive vendita fuerit, ille anteponeatur cui res tradita fuerit, modo fuerit bonæ fidei.

Cæterum *in materia commercii*, cujus objectum sunt sola mobilia, ut exponit PARDESSUS, *Droit commerc.*, t. I, n° 8, non applicatur art. 1599. Ita admissum fuit in discussione habita in concilio Status (*Confér. du Code*, t. VI, p. 17, 18): ita eorum cœtu legislativo asserebat tribunus GRENIER, *loc. cit.*: ita demum agnoscunt jurisperiti tanquam inconcussum; DELVINCOURT, p. 133; TOULLIER, t. VI, n° 131, 133; PARDESSUS, t. II, n° 272; DURANTON, t. X, n° 440; TROPLONG, n° 232; DUVERGIER, n° 223. Ratio est, quia in commercio qui vendit rem quam non habet, censetur se obligare ad eam emendam; in hoc consistit commercium. Insuper ordinarie non venditur res determinata, imo nec ad personam determinatam pertinens: ergo dici nequit vendi rem alienam in sensu articuli 1599; res enim quæ consistunt *in genere* ad neminem proprie pertinent, ut observat DURANTON, t. XVI, n° 181, et post eum TROPLONG, n° 234.

670. — 2°. De *natura et vi nullitatis* per art. 1599 inductæ non constat. Juxta quosdam, hæc nullitas non fundatur in sola utilitate emptoris, sed nititur motivo ordinis publici: ideoque est independens ab eventu subsequenti; unde si res postea fiat venditoris propria, non tenebitur eam emptori tradere, quia contractus remanet irritus. Ita TOULLIER, t. VI, n° 132. Pariter si res ita componantur ut jam emptor evictionem timendam non



habeat, nihilominus irrita manebit venditio, et poterit emptor nullitatem postulare. Plura judicia in eo sensu lata afferunt DELVINCOURT, p. 131, 132, et DURANTON, t. x, n° 438.

Sed juxta plerosque jurisperitos, etiam eos qui magis extollunt mutationem per art. 1599 inductam, tanta extensio non est illi nullitati tribuenda. Quod ut intelligatur, simulque quid tenendum sit judicetur, percurrenda sunt varia consecutaria in quibus solutio pendet a natura nullitatis quam nunc expendimus.

1. Nullitas invocari non potest *a venditore*, saltem generatim loquendo, cum non in illius gratiam constituta sit, sed potius contra illum. Quamvis contrarium supponere visa sit Curia suprema, expendendo intra quodnam tempus præscribatur actio venditoris, illud omnino certum judicat TROPLONG, n° 238 : venditor non potest proprium factum impugnare, sed potius tenetur emptorem assecurare. Si tamen venditor fuerit bonæ fidei, nec possit, detecto errore, a domino rei obtinere ut ratihabeatur venditio, existimat DUVERGIER, n° 220, nihil obstar quin possit nullitatem venditionis postulare, solvendo damnorum compensationem nunc debitam, ne in posterum multo majorem solvere teneatur : ideo diximus *Saltem generatim*.

Hinc si a tempore venditionis res in dominium venditoris transierit, v. g., quia eam accepit a domino titulo hæreditatis, donationis, etc., non potest venditor nullitatem venditionis jam postulare, et tenetur rem tradere, si nondum tradiderit. Hanc enim obligationem contraxit, et jam nihil obstat quin eam impleat : imo postulant æquitas et bona fides ut ei satisfaciat. Unde hic applicari potest axioma : *Cessante causa nullitatis, cessat effectus*. Ita docent TROPLONG, n° 236, et DUVERGIER, n° 219, qui dicunt, statim ac proprietas transfertur in venditorem, ipso jure confirmari venditionem : idemque videtur esse de mente

aliorum plerorumque jurisperitorum, ut ex dicendis colligi poterit.

Eodem modo ratiocinandum est, si dominus rei fiat hæres venditoris : cum enim tunc efficiat unam cum ipso personam, non magis quam ille nullitatem invocare potest. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 133; TROPLONG, n° 236, et *Hypothèq.*, t. II, n° 527; DUVERGIER, n° 219.

2. Nullitas invocari potest a *domino rei* : seu potius iste non indiget recurrere ad nullitatem venditionis, sed potest rem suam vindicare, ubicumque eam reperit : venditio quoad illum est *res inter alios acta*, quæ huic nocere nequit. Ita TROPLONG, *Vente*, n° 238. Hinc illius actio non præscribetur intra decem annos ad sensum articuli 1304, sed solummodo intra decem, viginti, aut triginta annos, juxta circumstantias : TROPLONG, n° 239; DUVERGIER, n° 221.

Utrum autem, præter casum præscriptionis, adsint alii casus in quibus non possit rem suam vindicare, mox expendemus (n° 672).

671. — 3. Nullitas demum invocari potest potissimum ab *emptore*; de hoc nullum moveri potest dubium, cum in illius gratiam nullitas inducta sit; TROPLONG, n° 238; DUVERGIER, n° 220.

Sed difficultas est, quousque præcise extendatur hæc facultas emptoris : ad hoc enim reducitur mutatio per novum Codicem inducta. Jam vero agnoscunt auctores, olim non potuisse emptorem nullitatem postulare quamdiu a domino non inquietabatur : sed tenebatur pretium solvere, nec poterat solutum repetere, non obstante evictionis periculo. Illud deducebant ex eo quod venditor non teneretur ad dominium transferendum, sed tantum ad servandum emptorem indemnem in casu evictionis. Vid. POTHIER, n<sup>is</sup> 1, 48, 282; DELVINCOURT, *Notes*, p. 130; DURANTON, t. XVI, n° 177; TROPLONG, n° 4, p. 10, et

t. II, n° 609. Hodie autem statuendum est sufficere et requiri periculum evictionis, nec exspectandum esse ut emptor in sua possessione turbetur. 1°. *Sufficit periculum evictionis*. Cum enim venditio irrita sit, actio in nullitatem quæ exinde exsurgit distinguenda est ab actione in assecurationem (*en garantie*) in casu evictionis. Et certe emptoris conditio, quamdiu non habet dominium, ea non est quam ex emptione sperare debuit, nec ab eo exigere potest ut in ea maneat. Hinc art. 1653 ipsi tribuit jus denegandi pretium, quamdiu timendum habet ne perturbetur, *S'il a juste sujet de craindre d'être troublé* : quid ita, nisi quia, cum venditor suis obligationibus non satisfecerit, nec ipse emptor satisfacere tenetur? Tale autem periculum incumbit, quamdiu dominium rei penes alium ac venditorem remanet. Ita DELVINCOURT, *ibid.*; DURANTON, t. X, n° 437, t. XVI, n° 177; TROPLONG, n° 4, p. 10, n° 238, et t. II, n° 613; DUVERGIER, n° 322 et 424; ROGRON, ad art. 1599. Objici quidem potest ex eo art. 1653 posse venditorem exigere pretium, modo fidejussorem constituat, *Si mieux n'aime (le vendeur) donner caution*. Verum nihil inde contra nos : quia dici potest cum DURANTON, t. X, n° 437, sensum esse tantum quod, si emptor nolit uti jure quod habet postulandi nullitatem venditionis, non teneatur pretium solvere nisi venditor fidejussorem constituat; vel cum eodem t. XVI, n° 352, et DEMANTE, t. III, n° 341, posse adesse causam metuendi perturbationem, quin inde certo concludi possit rem esse alienam; vel cum TROPLONG, t. II, n° 613, præfatam dispositionem in eo niti quod ex constitutione fidejussoris satis pateat periculum evictionis non esse serium, sive quia res non est aliena, sive quia venditor potest evictionem efficaciter præcavere; alioquin, ut ait DUVERGIER, n° 425, absurdum esset cogere ad solutionem pretii quod mox foret restituendum. 2°. *Requiritur periculum evictionis*, id est,

emptor nullitatem postulare non potest, quando amplius timendam non habet evictionem. Jam enim cessat ratio nullitatis, ex qua proinde nullum damnum patiens emptor non potest eam postulare. Et vero juxta principia juris nostri, actus irritus ab initio efficitur validus quando in gratiam illius qui nullitatem postulare potuisset eundem effectum producit ac si fuisset ab initio validus. Deduci potest ex art. 1238 : quamvis enim solutio fieri nequeat nisi a domino rei in solutionem datæ, valida tamen efficitur, si creditor rem bona fide consumpserit, quia nempe, ut diximus (nº 380), jam creditor obtinuit quidquid ex solutione sperare poterat. Porro quando emptor timendam non habet evictionem, jam venditio erga illum omnes effectus suos producit. Ergo, etc. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 131; DURANTON, t. x, nº 439, t. xvi, nº 179; TROPLONG, nº 236; DUVERGIER, nº 219; BOILEUX, ad art. 1599.

Hinc emptor non potest postulare nullitatem venditionis in sequentibus casibus. 1. Si venditor dominium rei acquisierit. Intelligitur ex dictis, et expresse admittitur ab auctoribus allatis. 2. Si dominus rei venditionem ratam habuerit; TROPLONG, nº 237; DUVERGIER, nº 219 : est eadem ratio. 3. Si emptor per præscriptionem dominium rei acquisierit, sive per propriam possessionem, sive suam possessionem conjungendo cum possessione venditoris : jam fructum ex venditione percepit, nec proinde ei amplius competere debet facultas eam rescindendi. Ita etiam auctores allati, et speciatim DURANTON, t. x, nº 439; qui exinde concludit, nº 440, in venditione rerum mobilium non posse invocari nullitatem nisi agatur de re quam possit dominus repetere ad sensum articulorum 2279, 2280, nempe de re amissa aut furtiva : de quo jam supra (nº 669) diximus. 4. Si emptor rem bona fide consumpserit : tunc etiam omnem fructum percepit quem sperare

poterat, et nihil timendum habet a domino, cum bonæ fidei fuerit. Illud ex art. 1238 admittunt jurisperiti in casu solutionis : hic autem militat eadem ratio. 5. Demum si res casu fortuito perierit : tunc etiam evictioni locus esse nequit. Ita in casu solutionis docet DURANTON, *Contrats*, t. III, n° 698, et *Cours*, t. XII, n° 32. Inclinat etiam DELVINCOURT, t. II, *Notes*, p. 540. Agnoscit tamen aliud statui in jure Romano; et revera adest ratio dubitandi. Etenim res perit domino : cum ergo ante interitum res adhuc pertineret ad primævum dominum, ipsi perire debuit; ac proinde irrita manere videtur venditio, et jus competere debet emptori nullitatem postulandi et pretium non solvendi, vel solutum repetendi. Verum dici potest ex altera parte, æquitati consonum esse ut emptor non possit invocare nullitatem quæ ipsi non nocet : et confirmari posset ex art. 1647, qui contra jus Romanum statuit (ut infra videbimus, n° 723), in casu vitiorum quæ dicuntur redhibitoria, interitum rei ex casu fortuito recidere in emptorem; quia nempe *Nihil ei abest propter vitium*, ut ait DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 153, et explicant DURANTON, t. XVI, n° 326, TROPLONG, t. II, n° 568, et DUVERGIER, n° 414. Unde forsán dici posset interitum rei, qui efficit ut evictioni locus non supersit, simul efficere ut res censeatur fuisse emptoris, ac proinde ipsi perierit.

Ex his omnibus colligi potest tantam reipsa non esse mutationem per art. 1599 inductam ac primo intuitu videretur : discrimen enim inter jus vetus et novum eo reducitur, quod olim emptor non poterat nullitatem postulare et pretium repetere quamdiu non inquietabatur, dum hodie non tenetur expectare evictionem, sufficit ut sit ei obnoxius. Ita expresse DELVINCOURT, *Notes*, p. 130; DURANTON, t. XVI, n° 177; TROPLONG, n° 4, p. 10, et n° 263; ROGRON, ad art. 1599.

672. — 3°. Quamtumvis generalis sit dispositio arti-



culi 1599, quidam afferuntur casus in quibus vim suam non habet, aut quibus non applicatur, saltem juxta plures jurisperitos.

1. Si agatur de re quam venditor bona fide acceperat a domino *per solutionem ex indebito*, statuit art. 1380 ipsum non debere restituere domino nisi pretium rei. Exinde sequi videtur domino non tribui vindicationem suæ rei, quæ remanet apud emptorem; proindeque pro irrita non haberi emptionem. Attamen, ut diximus in *Tr. de Justitia* (n° 1040), certum videtur, quidquid in contrarium propugnaverint multi auctores, per solutionem ex indebito, quæ nonnisi ex errore ortum duxit, translatum non fuisse dominium, ideoque venditionem fuisse rei alienæ. Ut hæc concilientur, dicendum est eatenus domino denegari posse vindicationem rei suæ, quatenus per art. 1380 dominium transfertur in emptorem. Ratio ita statuendi esse potuit, quia dominus qui rem in solutionem ex indebito dedit, id sibi imputare debet; unde iste casus valde differt a cæteris in quibus res tractatur seu accipitur invito vel inscio domino: non mirum ergo quod in favorem bonæ fidei venditoris et emptoris jus domini, non quidem tollatur, sed permutetur, adeo ut non rem ab emptore, sed pretium a venditore repetere possit. Hæ rationes per se non sufficiunt ad probandum dominum non posse rem suam vindicare, sed movere potuerunt legislatorem ut ita statueret. Tota ergo quæstio est an id statuerit. Porro licet agnoscat DURANTON, t. XIII, n° 683, id certum fuisse sub jure Romano, quod sequebantur omnes auctores nostri, gravissima ipsi videtur quæstio sub codice Civili; inclinatur demum adtribuendum domino jus vindicationis, cum onere tamen refundendi venditori quidquid iste emptori supra pretium solvere teneri poterit: huc ducunt principia generalia; nec inutilis efficitur art. 1380, qui applicari potest bonis mobilibus, vel quando emptor rei

dominium acquisivit per præscriptionem, vel quando ipse dominus non vult rem suam forsitan ab emptore immutatam vindicare : in his casibus utile erat determinare quid præcise domino solvere teneretur venditor. Alii tamen putant eum articulum non posse ita restringi, sed sumendum esse in tota sua extensione. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 450, 451; TOULLIER, t. XI, n° 95-99; ROGRON, ad art. 1380. Quidquid sit, saltem dicendum est cum postremo isto auctore hanc exceptionem stricte restringendam esse ad casum quem respicit. Unde quamvis duo alii auctores idem dicant de donatario ac de emptore, illud non admitteremus, quemadmodum non admittebat POTHIER, *Prét de Consumpt.*, n° 179 : hic non applicatur art. 1380. Verum hoc ad præsentem quæstionem non spectat.

2. Eadem quæstio movetur de re vendita ab hærede putativo. Cum vero non exstet de isto casu ulla juris nostri dispositio, non videmus sufficiens fundamentum domino denegandi jus suum vindicationis, prout diximus *ibid.*, (n° 1039). Attamen pro validitate venditionis rursum judicavit Curia suprema, 16 januar. 1843, et quidem allatò novo motivo; quia nempe bona defuncti non transeunt pleno jure ad hæredem antequam acceptaverit, sed sunt interim penes hæredem putativum, qui proinde non vendit rem alienam. Sed non putamus prævalere posse hoc principium hactenus inauditum. Vid. SIREY, 1843, I, p. 97 et seq.; *Revue de législat. et de jurispr.*, 3<sup>e</sup> série, t. I (XVII), p. 239.

3. Si venditor et emptor sciant rem esse alienam, et contractum de ea ineant tanquam de re aliena, non applicatur art. 1599 : non tam est tunc venditio, quam promissio venditionis ab alio faciendæ, quæ valida est juxta art. 1120. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 132; DURANTON, t. XVI, n° 180; TROPLONG, n° 234; DUVERGIER, n° 222. Tunc

applicanda sunt quæ diximus *de Promissione facti alieni* (n° 258).

673. — 4°. Si emptor ignoraverit rem esse alienam, præter nullitatem venditionis et restitutionem pretii, potest postulare compensationem damnorum; art. 1599. Ratio facile intelligitur, si venditor sciret rem esse alienam. Quid vero, si ignoraverit? Ait MALEVILLE, ad art. 1599, p. 314, compensationem nihilominus deberi, quia emptor pati non debet ex imprudentiâ venditoris. Observat tamen DUVERGIER, n° 218, nullam esse rationem cur venditor teneatur compensare damna, si ipsius error prorsus inculpatus fuerit; art. 1599 nihil aliud est quam consecrarium articuli 1382, ex quo quilibet debet reparare damnum culpa sua illatum. Hic igitur applicanda sunt quæ diximus *de Præstatione culpæ juridicæ* (n° 283). Sed juxta TROPLONG, n° 231, quilibet censetur cognoscere res suas; proindeque, quamvis contrarium in discussione articuli dictum fuerit, venditor præsumitur cognovisse rem esse alienam, nisi aliud constet. Unde concludimus regulariter deberi compensationem damnorum.

Si vero emptor cognoverit rem esse alienam, non potest hanc compensationem postulare: id satis indicat art. 1599; argumentum enim *a contrario*, quod sæpe fallit, hic evidenter applicari debet, inquit DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 292. Ei non debetur reparatio damni cui voluntarie se exposuit: TROPLONG, n° 231; DUVERGIER, n° 218. Aliud tamen dicendum, si emptor in contractu stipulatus sit de compensatione exigenda; nil enim obstat quin valeat hæc conventio: ita DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 292, p. 270, et *Cours*, t. XVI, n° 264; TROPLONG, n° 469, p. 602; DUVERGIER, n° 334.

Quoad ipsum vero pretium, venditor tenetur illud restituere emptori, etiamsi iste cognoverit periculum evictionis, nisi per conventionem expressam illud in se omnino

susceperit, in eo sensu quem infra explicabimus (n<sup>is</sup> 713, 714) : cum enim emptor pretium non dederit nisi ad acquirendum dominium, nec tamen illud adquisierit, venditor nullum jam habet jus ad illud pretium retinendum, neque emptor per ullam legem privatur, propter notitiam quam habuit, facultate illud repetendi : quod statuitur art. 1599 de compensatione damnorum non est extendendum ad ipsum pretium, cum hæc duo inter se differant, nec eadem adsit ratio pro utroque ; art. vero 1629 non respicit nisi casum ubi adfuit stipulatio, vel ubi emptor in se periculum suscepit, et supponit aperte non censi susceptible periculum ex eo solum quod emptor periculum illud noverit. Ita DURANTON, *Contrats*, t. I, n<sup>o</sup> 292, p. 271, et *Cours*, t. XVI, n<sup>o</sup> 263 ; TROPLONG, n<sup>is</sup> 481, 482 ; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 339.

674. II<sup>o</sup>. *De venditione BONI DOTALIS*. Ex art. 1554 codicis Civilis, bona immobilia in dotem constituta non possunt alienari durante matrimonio, nec a marito, nec ab uxore, nec ab utroque simul, exceptis casibus enumeratis art. 1555-59. Illa prohibitio restringenda est ad bonum stricte dotale, quale reperitur in solo regimine dotali ; id pro inconcusso habet MALEVILLE, ad art. 1554, t. III, p. 273 : sed utrum extendenda sit ad ipsa bona mobilia, non constat, ut vidimus in *Tr. de Justitia* (n<sup>o</sup> 262).

Difficultas præcipua quæ ad scopum nostrum attinet, est de natura hujus nullitatis, et de iis a quibus invocari potest. In prima codicis Civilis redactione, ut testatur MALEVILLE, ad art. 1554, p. 272, bonum dotale non declarabatur inalienabile. Quando autem declarata est inalienabilitas, varii oratores ea motiva adduxerunt ex quibus sequi videretur nullitatem esse ordinis publici, ac proinde absolutam ; allegant, sicut et plerique auctores, axioma juris Romani : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere*. Vid. *Cod. et Motifs*, t. v, p. 380, 403,

456. Attamen ex art. 1560 deduci potest hanc nullitatem ab omnibus invocari non posse, sed ab iis tantum qui ibi designantur : nempe ab uxore vel ejus hæredibus post dissolutionem matrimonii, quin iis opponi possit præscriptio durante matrimonio; ab ipso marito durante matrimonio, qui tamen tenebitur compensare damna erga emptorem, si in contractu non declaraverit bonum esse dotale. Quamvis ille articulus loquatur tantum de revocatione, vere agitur de nullitate, ut observat DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 112. Sed facultas hanc postulandi non tribuitur emptori. Ut illud accurate intelligatur, triplex distinguendus est casus.

1°. Si venditio facta fuerit a solo marito, irrita est, non solum ob inalienabilitatem boni, sed tanquam venditio rei alienæ : ita TOULLIER, t. XIV, n° 227; DURANTON, t. XV, n° 521; BOILEUX, ad art. 1560. Hinc nullitas postulari potest ab uxore, non quidem durante matrimonio, quia non habet bonorum administrationem<sup>1</sup>, sed post ejus dissolutionem, vel post separationem bonorum judicariam; item ab ejus hæredibus. Observat Duranton, *ibid.*, actionem uxoris non tam esse postulationem nullitatis, quam vindicationem rei propriæ : unde durabit donec emptor dominium rei acquisierit per præscriptionem decem et viginti, vel triginta annorum, prout emptor fuerit bonæ vel malæ fidei. Supponit TOULLIER, n° 232, eum esse semper malæ fidei : sed id non constat, quando cum solo marito egit; potuit credere bonum esse ipsi proprium. Potest postulari etiam a viro : hic quidem repelli deberet ob axioma : *Eum quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*; attamen hæc facultas ei

<sup>1</sup> Non potest quidem uxor sola nullitatem postulare durante matrimonio : sed juxta TOULLIER, n° 228, nil obstat quin postulet eum concursu mariti vel justitiæ. Adest tamen difficultas ex eo quod actio tunc indirecte attingeret ipsum maritum, contra art. 2256.



conceditur propter bonum uxoris et filiorum : lex voluit, inquit DELVINCOURT, *Notes*, p. 112, 113, marito, etiam invito, relinquere unde satisfaciat oneribus matrimonii. Cum autem ea ratio cesset dissoluto matrimonio, jam amplius nequit nullitatem postulare, inquit idem auctor. Tandem dubium est an nullitas invocari possit ab ipso emptore. Si cognoverit bonum esse dotale, non poterit : cum enim violatæ legis conscius fuerit, non debet ex delicto suo actionem consequi. Ita DELVINCOURT, *ibid.*; DURANTON, n° 522; BOILEUX, *ibid.* Sed si ignoraverit, poterit nullitatem postulare : quamvis enim de ea facultate sileat art. 1560, satis deducitur ex art. 1599. Ita iidem auctores. Si tamen, post dissolutum matrimonium, uxor venditionem ratam habeat, jam emptor non poterit nullitatem postulare, ex principiis supra positis (n° 671); quia nempe evictionem jam timendam non habet.

2°. Si venditio facta fuerit a sola uxore, duplici titulo irrita est, nempe ob incapacitatem uxoris agentis sine concursu mariti, et ob inalienabilitatem boni : sed dici non potest venditam fuisse rem alienam, cum concurrerit uxor. Hinc emptor nullitatem invocare nequit : nam ex art. 1125, qui cum incapaci contraxit non potest eam incapacitatem opponere, cum suæ imprudentiæ tribuere debeat quod cum incapaci egerit; jus non ei tribuitur ex inalienabilitate boni, cum de eo sileat art. 1560; neque tandem inniti potest art. 1599 de venditione rei alienæ. Ita DURANTON, n° 526; BOILEUX, *ibid.*; TOULLIER, n° 237, 238. Sed potest postulari a marito, quamdiu durat matrimonium : non potest interim præscribi, quia quoad maritum est ordinis publici, inquit DELVINCOURT, *Notes*, p. 112. Demum potest postulari ab uxore, sed præscribitur ad sensum articuli 1304 per decem annos, qui tamen non numerari debent nisi a die quo uxor nullitatem invocare potuit, nempe dissoluto matrimonio; DELVINCOURT, et DURANTON, *ibid.*

3°. Si venditio facta fuerit ab utroque conjuge simul, emptor non potest postulare nullitatem, etiamsi ignoraverit esse bonum dotale : sibi imputare debet quod non exquisierit sub quo regimine et quomodo initum foret matrimonium. Ita DURANTON, n° 528; BOILEUX, *ibid.* Sed postulare possunt sive maritus, sive uxor, quemadmodum in casu præcedenti. DURANTON, n° 527, 529; BOILEUX, *ibid.*

675. III°. *De venditione RERUM QUIBUS PRÆVIDETUR EMPTOR ABUSURUS.* Quæstio est, utrum et quatenus licita esse possit harum rerum venditio. Porro principia e quibus pendet solutio hujus quæstionis pertinent ad quæstionem generalem, *Utrum licitum esse possit alteri præbere occasionem seu materiam peccati*, de qua agere solent theologi ubi *de Voluntario indirecto*, vel ubi *de Scandalo*. Eorum autem principiorum applicatio non parum pendet etiam à natura rerum quæ vendendæ sunt, seu a specie et gradu pravitatis seu deordinationis quæ reperitur in usu ad quem prævidentur adhibendæ per emptorem : species vero et gradus illius deordinationis determinari debent ex officiis variarum virtutum, vel ex vi obligatoria variorum præceptorum quibus talis usus adversatur; quorum quidem officiorum et præceptorum expositio ad præsentem tractatum non spectat. Satis ergo nobis erit in præsentem, principiis breviter in memoriam revocatis, regulas quasdam generales tradere quæ in casibus peculiaribus ad solvendas difficultates inserviant.

Itaque 1°. Non licet sine ratione sufficienti vendere res quibus prævidetur emptor abusurus.

*Prob.* Secundum omnes, teste de Lugo, inquit P. ANTOINE, *de Virtut. theolog.*, part. III, c. VI, §. IV, q. VI, t. II, p. 414, quisque tenetur ex charitate impedire peccatum proximi, si potest saltem sine gravi incommodo; ergo a fortiori tenetur non suppeditare materiam qua usu-

rus est ad peccandum. Deinde quisque tenetur peccantem corripere, scandalum amovere; ergo et a fortiori materiam peccandi non præbere. Præterea talis merito censetur saltem interpretative velle ruinam alterius.

Dixi *Quibus prævidetur emptor abusurus*, quia si venditor generatim tantum et indeterminate prævideat aliquos abusuros, non peccat: quia, inquit VÖGLER, n° 315, tolleretur alias totum commercium humanum et nihil posset vendi, cum nihil fere sit quod ab aliquibus non vertatur in abusum. Unde periculum generale compensatur ratione damni quod ex prohibitione sequeretur.

2°. Licet, saltem generaliter loquendo, res quibus prævidetur emptor abusurus vendere, modo adsit ratio sufficiens.

*Prob.* Quamvis nulla ratione liceat alterius peccato consentire, a fortiori eum inducere ad peccatum, licet tamen ad vitandum grave incommodum illi præbere materiam vel occasionem peccandi. Qui enim actum in se bonum aut saltem indifferentem ponit ex gravi ratione, nullatenus intendit peccatum illius qui exinde sumet occasionem peccandi, sed vult tantum vitare damnum, aut obtinere bonum: permissive se habet quoad peccatum quod cum gravi suo damno impedire non tenetur. Id constat ex communi doctrina theologorum post S. Thomam, et multis exemplis quæ omnes admittunt, ut in alio loco fusius exponitur.

Dixi 1°. *Saltem generaliter*, quia sunt quædam objecta quorum abusus est adeo certus et proximus, ut dubitari posset, et reipsa dubitent plures theologo, an ea vendere non sit ita malum ut nulla ratione excusari possit: v. g., vendere idola paganis, vel objecta quæ ad aliud inservire nequeunt nisi ad concitandam libidinem, etc. Concipitur etiam dubium moveri posse an non possit quarundam rerum venditio ita stricte prohiberi, præsertim intuitu boni

publici, ut nulla ex causa liceat. Sed si dari possint hujusmodi casus, sunt certe rarissimi; et solutio pendet, ut ab initio dicebamus, a principiis quorum discussio non est præsentis loci.

Dixi 2°. *Modo adsit ratio sufficiens*; sed difficillimum est in praxi determinare qualis hæc causa esse debeat. Agnoscunt omnes eam debere esse proportionatam tum proximitati materiæ vel occasionis, tum gravitati peccati ad quod concurritur. Variæ traduntur regulæ ubi *de Voluntario indirecto*: sed ultimate omnia pensanda sunt ex judicio viri prudentis, et cum maxima circumspectione inter duo extrema nimii rigoris aut nimiae facilitatis incendendum est. Hic observare sufficiat non posse haberi tanquam rationem per se sufficientem spem lucri ex venditione percipiendi; quia non est quærendum lucrum cum peccato alterius. Sed si quis timendum habeat ne, si venditionem recuset, tam multi officinam ipsius deserant, ut jam exercere nequeat commercium in se licitum et sibi forsân necessarium, vel ut saltem gravem jacturam patiatur, poterit exinde excusari.

676. His principiis positis, theologi cum SUAREZ, *de Charitate*, D. x, sect. iv, n° 2, vulgo res vendibiles in tres classes distribuunt. Quædam sunt ex natura sua aut forma ita ad prævum usum determinatæ, ut nunquam aut fere nunquam ad bonum usum adhibeantur: v. g., libri contra mores, picturæ obscenæ, larvæ, vestes muliebres ubera nudantes. Aliæ contra tam frequentis et utilis aut necessarii usus sunt, ut plerumque iis homines bene utantur, quamvis aliquando etiam iis male utantur: talia sunt multa ad vitæ necessitates inservientia, v. g., caro, vinum, etc. Aliæ demum sunt quasi ad utrumlibet indifferentes, ex quibus tamen quædam magis in bonum usum quam in malum veniunt, vel viceversa. Triplex ergo pro triplic illa rerum vendibilium specie statuitur regula.

*Regula I.* Res quæ vulgo adhibentur in pravam usum non possunt vendi ex professo; imo neque in particulari, nisi moraliter constet de bono usu, vel adsit ratio extraordinaria quæ excuset.

*Prob.* Qui res hujusmodi vendit omnibus passim emptoribus, præbet evidenter occasionem et materiam peccati; ergo ex dictis peccat. Nec excusatur ratione professionis: quin potius talis professio, si absque venditione hujusmodi rerum exerceri nequeat, deserenda est. Cessat vero illa ratio, ut patet, quando constat de bono usu: sed requiruntur probationes positivæ, quia alioquin iudicium ferendum erit ex communiter contingentibus; illæ autem probationes haberi possunt aliquando ex qualitate personarum, ex fine et modo petendi, etc.

Venditio tamen esset saltem plerumque valida. Res enim hujusmodi in se non omni pretio carent. Hinc codex Pœnalis, licet plures hujusmodi venditiones prohibeat, non eas irritas declarat: decernit tantum contra vendentes mulctam pecuniariam, et pœnam carceris; art. 287. Dicimus tamen *Saltem plerumque*, quia si quæ sint objecta quæ vix ad aliud quam ad malum inservire possint, difficile est ut aliquo pretio æstimabilia habeantur; ac proinde venditio irrita esset ex defectu objecti appretiabilis.

Cæterum facile intelligitur, si leges de diversis iis objectis quædam statuerint, ea accurate servanda esse. Sic per legem 21 germin. an XI (11 april. 1803) statuatur substantias venenosas nonnisi quibusdam, et a quibusdam vendi posse, adhibitis variis cautionibus. Sic prohibetur venditio quorundam certi generis armorum; art. 314 codicis Pœnalis: item venditio liquorum qui fuerint adulterati, *des boissons falsifiées*; art. 318. Ad bonum publicum interest ut hæc et alia hujusmodi statuta accurate servantur.

*Regula II.* Res quæ communiter adhibentur in bonum



usum, possunt ex professo omnibus vendi, quoties non constat emptorem iis abusurum esse.

*Prob.* Venditor potest certe judicare ex communiter contingentibus; nec tenetur inquirere de intentione ementium: alioquin rueret omne commercium humanum. Sed si pravam usum prævideat, applicanda sunt quæ supra diximus.

*Regula III.* Res ex natura sua indifferentes ad bonum vel malum usum, possunt etiam ex professo omnibus vendi, nisi positive prævideatur emptorem iis abusurum esse.

*Prob.* Venditor ex communi theologorum doctrina, potest, imo et debet, præsumere bonum usum, juxta axioma receptum: *Nemo præsumitur malus, nisi probetur.* Cum tamen frequentior sit abusus quam in casu regulæ præcedentis, non exigenda est notitia abusus ita certa, ut prohibita censi debeat venditio nisi excusetur per causam legitimam sensu exposito: hæc autem causa eo gravior requiretur, quo certior erit notitia, et quo facilius frequentiusque res in pravam usum converti solita erit.

#### ART. 4. De pretio.

677. *Sine pretio nulla venditio est*, ut dicitur l. 2, §. 1, ff., XVIII, 1, de *Contrah. empt.* Exponendum ergo quale debeat esse pretium, sive ut integra servetur venditionis natura, sive ut justitiæ leges non violentur. Itaque investigabimus quale debeat esse pretium in venditione; deinde agemus de obligatione standi justo pretio.

##### §. 1. Quale debeat esse pretium in venditione.

678. Tres vulgo conditiones requirunt jurisperiti: 1°. ut sit in pecunia; 2°. ut sit serium; 3°. ut sit determinatum.

I. Pretium debet esse in pecunia. Id facile intelligitur ex iis quæ diximus de *Origine venditionis* (n° 655). Inter veteres jurisperitos Romanos movebatur controversia, an,

si res una pro alia traderetur, venditio esse posset : sed prævaluit et in jure sancita est opinio negans ; tunc enim discerni non posset quis esset venditor, quis emptor, quænam res pro merce, quænam pro pretio habenda esset : dicendum ergo tunc adesse permutationem ; l. 1, §. 1, ff., *tit. cit.*, et *Institut.* III, XXIV, §. 2. Nec est quæstio tantum de nomine : sunt enim plures regulæ juris quæ venditioni, non permutationi applicari debent, v. g., quæ spectant ad rescissionem in casu læsionis, etc. (Vid. quæ dicemus infra, n° 765).

Dicunt tamen quidam auctores venditionem censeri posse, quando loco pretii dantur res talis naturæ ut venditor facile possit alias ejusdem naturæ sibi comparare ; v. g., si pro agro quis dare teneatur tot mensuras frumenti : alioquin facillimum esset eludere leges venditioni speciales. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 125 ; DURANTON, *Contrats*, t. I, n° 117, et *Cours*, t. XVI, n° 119 : res hujusmodi coram lege haberi possunt instar pecuniæ, adeo ut in compensationem veniant cum pecunia ex art. 1291 ; unde tributum exigitur quasi pro venditione. Idem fere dicebat POTHIER, *Tr. des Retraits*, n° 80. Attamen illud non videtur tanquam principium generale admittendum. Equidem si ex circumstantiis appareat contrahentes vere intendisse venditionem, et nonnisi ad eludendas quasdam legum dispositiones ad eam formam recurrisset, venditio agnoscenda erit ; et ille est casus quem respicit Pothier. Sed si nihil tale occurrat, erit vera permutatio. Ita DUVERGIER, n° 147, 405 ; et fusius TROP-LONG, *Échange*, n° 4, p. 10 et seq. Pariter agnoscunt omnes, si pretium ab initio in nummis constitutum fuerit, et postea consentiat venditor ut alia res in solutum detur, non ideo mutari contractum ; quia, ut dicitur in lege citata, *Non pretii numeratio, sed conventio, emptionem facit.* Ita POTHIER, *Vente*, n° 30 ; TROP-LONG, *Vente*, n° 147.

Idem dicendum, licet simul cum pecunia emptor per modum supplementi aliquid aliud dare debeat; *ibid.*; modo tamen, ut recte observat DURANTON, t. XVI, n° 118, supplementum illud non sit majoris momenti ac ipsum pretium, alioquin esset permutatio: vid. etiam TROPLONG, *Échange*, n° 5, et quæ dicemus infra (n° 763). Item, licet pecunia nonnisi successive solvi debeat, v. g., per modum census vitalitii; TROPLONG, n° 148.

679. II. Pretium debet esse *serium*. Duo possunt per hanc vocem intelligi. 1. Intelligi potest requiri ut pretium *non sit simulatum*: scilicet si constituatur pretium, sed absque intentione illud exigendi ex una parte, et solvendi ex altera, facile intelligitur non adesse venditionem, sed donationem. Ita pluries in jure Romano; ita etiam communiter jurisperiti. Quid autem ex jure nostro de hujusmodi conventionem præcise sentiendum sit, jam diximus ubi de *Contractibus simulatis* (n° 169). Si vero sincero animo de pretio conventum fuerit, et postea tamen non exigatur, nihilominus adest venditio, et fit tantum condonatio debiti. 2. Intelligi potest requiri ut pretium *non sit derisorium*: v. g., si vendatur domus, aut prædium magni momenti pro uno nummo, satis evidens est venditionem non esse nisi nugatoriam. De hoc nulla potest esse difficultas. Attamen necessarium non est, inquit POTHIER, n° 20, ut pretium sit omnino æquivalens rei: ut enim dicitur l. 38, *tit. cit.*, *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet*. Sed difficultas est quousque illud extendendum sit. Juxta TROPLONG, n° 150, quantumvis pretium sit inferius valore rei, modo non sit derisorium nec simulatum, adest vera venditio: ex ipsamet lege, art. 1681, distinguendum est pretium conventionale a pretio justo; prius, modo seria fuerit conventio, sufficit ad veram venditionem: si adfuerit læsio in certo gradu, de quo postea, datur locus rescissioni; sed hæc supponit

existentiam venditionis : non est igitur ultra progrediendum. Hæc perito auctori ita aperta videntur, ut miretur curias regias inter se dissentire, et ipsam Curiam supremam inter duas partes quasi fluctuantem hærere. Juxta PARDESSUS, t. II, n° 274, pretium non est serium, quando rationabiliter non æquivalet rei : agnoscit tamen in justo valore quamdam esse latitudinem, prout postea explicabitur. Idem magis evolvens DUVERGIER, n<sup>is</sup> 148, 149, ait pretium esse posse triplici in gradu inferius valore rei : si venditor non patiatur læsionem a lege determinatam (*de plus des sept douzièmes*, art. 1674), stat venditio; si patiatur hanc læsionem, datur locus rescissioni; si demum inter pretium et rei valorem tanta adsit inæqualitas, ut manifestum sit contrahentes non unum habuisse tanquam æquivalens alteri, tunc pretium non est serium, nec adest venditio : istud autem dignoscetur ex circumstantiis; unde concludit difficultatem practicam reduci ad quæstionem facti, nec ideo mirum esse quod eam solvendam non susceperit Curia suprema. Verum observat TROPLONG, *Louage*, n° 3, p. 60, semper inquirendum superesse quonam sensu debeat pretium haberi ut æquivalens rei; unde videtur concludendum cum ipso, pretium habendum esse ut serium, quotiescumque, licet modicum respectu rei venditæ, est in se satis gravis momenti ut appareat venditorem illud vere exigere et in lucrum suum velle convertere. Tunc dici potest cum POTHIER, n° 21, esse contractum mixtum, qui aliquid participat de donatione, et dicitur venditio secundum præcipuam contrahentium intentionem.

680. III. Pretium debet esse *determinatum* et designatum a contrahentibus; art. 1591. Si unius e contrahentibus arbitrio relinqueretur determinandum pretium a se, vel sibi solvendum, non adesset venditio. Sed licet pretium non statim cognoscatur a contrahentibus, si ipsi posue-

rint determinationis fundamentum quod ab alterutro ipsorum non pendeat, valebit venditio : v. g., vendo tibi frumentum pretio quo venditum est in ultima nundina, vel vendetur in proxima; vel quo vendent vicini mei; emo a te agrum, quanti tu eum emisti, etc. Si vendam tibi pretio quod mihi oblatum fuerit, ait POTHIER, n° 27, quem sequitur TROPLONG, n° 153, non adesse venditionem, quia facillime posset alteruter e contrahentibus personam interponere quæ offerret pretium nimium vel nimis modicum; unde janua aperiretur fraudibus. Quamvis autem doceat DUVERGIER, n° 160, posse fraudes a tribunalibus detegi et removeri, ideoque validam esse venditionem, satius videtur dicere cum Pothier, et PARDESSUS, n° 275, valere conventionem in eo tantum sensu quod ille qui venditionem promisit teneatur promissarium monere de oblato pretio, ut iste vel eo pretio emat, vel vendendi facultatem relinquat.

Addit art. 1592 posse pretii determinationem committi arbitrio tertii; qui si nolit aut non possit determinare, irrita est venditio. Mota erat ea de re in jure Romano controversia, quam diremit JUSTINIANUS, *Instit.*, III, XXIV, §. 1. Ratio autem prioris partis articuli est, quod determinatio in eo casu non pendeat a voluntate alterutrius e contrahentibus : ratio autem posterioris est, quod quando contrahentes hunc tertium elegerunt, præsumuntur rationem habuisse fiduciæ quam in eum habebant, ac proinde eo deficiente alius ei subrogari nequit, sicque pretium manet indeterminatum, et non adest venditio : si contrahentes alium eligant, est novus consensus, et consequenter nova venditio, inquit DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 125; DURANTON, n° 108. Hinc talis venditio habetur a jurisperitis ut conditionata : unde si res pereat ante æstimationem, perit venditori, juxta art. 1182. Ita DELVINCOURT, *ibid.*; DURANTON, n° 110. Si vero res non pereat, sed tantum deterior fiat, vid. TROPLONG, n° 160, et DUVERGIER, n° 162; et ea quæ supra diximus (n° 307).



681. Sed ea occasione plures moventur quæstiones, de quibus nonnulla breviter indicare satis erit.

1°. Si arbiter electus a contrahentibus nolit aut non possit pretium determinare, pro certo habet TROPLONG, n° 156, non posse eum suppleri per alium a iudice designatum : obstat enim aperte art. 1592. Idem admittit DUVERGIER, n° 152. Ait tamen PARDESSUS, n° 275, in materia commercii facile præsumi quod noluerint contrahentes ut determinatio pretii reservaretur exclusive arbitro quem elegerant.

2°. Si contrahentes non designent statim arbitrum, sed convenient de eo postea designando, docet DELVINCOURT, *Notes*, p. 125, irritam esse venditionem, nisi simul conventum fuerit arbitrum, si dissentiant contrahentes, eligendum fore a iudice : cum enim tunc ab utroque pendeat impedire determinationem pretii, seu non eligere arbitrum, nullum adest vinculum juris ; est conditio potestativa ex utraque parte : conventio censenda est proinde propositum venditionis, potius quam venditio. Ita etiam DURANTON, n° 114 ; TROPLONG, n° 157. Aliud tamen docebat POTHIER, n° 25 ; aliudque hodie docet DUVERGIER, n° 153 : si alteruter deneget eligere arbitrum, est evidenter malæ fidei ; se ipsum enim obligavit ad eligendum : poterit ergo condemnari ad eligendum, vel ad compensanda damna ad sensum articuli 1142 ; imo nihil ob stare videtur quin in ipsius defectum iudex arbitrum eligat, per analogiam cum dispositione articuli 55 codicis Commercii. Posterior hæc sententia æquitati omnino consentanea nobis videtur : agnoscit Delvincourt, *ibid.*, eam fore in praxi admittendam in materia commercii ; quamvis autem dicat Duranton eodem modo ratiocinandum esse circa præsentem quæstionem in materiis commercialibus ac in cæteris, ideoque hanc sententiam rejiciat pro utrisque, eandem pro materiis commercialibus absque ullo dubio proponit PARDESSUS, n° 275, p. 19.

3°. Si contrahentes venditionem faciant *juxta justum pretium* (*pour le prix qu'elle vaut*), absque alia determinatione, censet POTHIER, n° 26, eos præsumendos esse velle committere determinationem arbitris, quia actus intelligendi sunt *potius ut valeant, quam ut pereant*. Verum si id admittatur, jam nunquam applicari poterit art. 1591 : actus quidem sunt interpretandi, sed non ultra suum tenorem. Ita DUVERGIER, n° 161; TROPLONG, n° 159. Nobis videtur ad solutionem multum conferre posse circumstantias ex quibus colligetur quænam fuerit intentio contrahentium.

4°. Si æstimatio arbitri vel arbitrorum iniqua judicetur, controvertitur an ille qui se læsum putat possit postulare et obtinere a judice novam æstimationem, et venditionis rescissionem, si iniqua reipsa detegatur? — Affirmat post Cujacium et multos alios POTHIER, n° 24, quia id æquitas postulat : ait etiam DELVINCOURT, *Notes*, p. 125, adesse locum rescissioni, si adsit læsio per legem determinata (*de plus des sept douzièmes*). Alii tamen multi negant, quia l. 15, Cod., IV, XXXVIII, *de Contr. empt.* statuitur, « Siquidem ipse qui nominatus est pretium definierit, « omnimodo secundum ejus æstimationem et pretia per- « solvi, et venditionem ad effectum pervenire : » et revera contrahentes jam in antecessum acceptarunt hanc æstimationem, quæ proinde censetur ab eis ipsis facta, et ut irrevocabilis habenda est : neque hic applicatur ratio ex qua admissa fuit rescissio ob læsionem, nempe quod timendum sit ne venditor necessitate coactus pretium nimis modicum acceptaverit; unde non admittitur in gratiam emptoris, art. 1683 : nec proinde in præsentī casu admitenda est. Ita DURANTON, n° 116; TROPLONG, n° 158; DUVERGIER, n° 157, qui tamen merito observat aliud dicendum fore, si æstimatio obtenta fuisset per machinationes fraudulentas.

§. 2. *De obligatione standi justo pretio  
in venditione-emptione.*

682. Ut ea quæstio accurate solvatur, advertendum est duplex communiter distingui pretium : pretium legale, seu legitimum, et pretium vulgare, quod alii vocant naturale, alii arbitrarium.

Pretium *legale* illud est quod publica lege, seu auctoritate principis aut decreto magistratus est determinatum seu taxatum. Hæc determinatio apud nos vix in aliis rebus locum habet quam in pane et carne (*viande de boucherie*) : vid. DUVERGIER, n° 159, p. 192, *Note*. Pretium hujusmodi est indivisibile, nec mutari potest nisi per auctoritatem quæ illud constituit.

Pretium *vulgare* illud est quod communi hominum æstimatione seu usu constituitur. Augetur vel minuitur, pro variis circumstantiis locorum, temporum, et personarum. Causas augmenti vel imminutionis inquirunt philosophi qui dicuntur *æconomistæ*, nec omnes easdem assignant. Ad scopum nostrum interest præsertim observare tale pretium non esse ordinarie indivisibile, sed habere quamdam latitudinem : sive quia, ut aiunt nonnulli, pendet a plurium judicio, varie autem varii homines judicant, reinque alii pluris, alii minoris æstimant ; sive, juxta alios, ratione habita conditionis respectivæ venditoris et emptoris, quatenus nempe ille cujus pluris interest ut conventio fiat cogitur plus solvere, vel minus accipere quam alter. Ex hac latitudine fit ut triplex distinguatur pretium vulgare quod intra justitiæ fines consistit, nempe supremum, medium, et infimum.

Multi theologi, ut explicent quænam esse debeat ea latitudo, supponunt jam constitutum pretium medium, ut deinceps judicari possit de latitudine inter supremum et infimum. Verum, ut observat Card. Gerdil, t. XVIII,

p. 112, potius ex distantia utriusque constituta medium accipi posse videtur. Quamobrem inspicere debet quanti plurimi, et quanti minimi res valere possit; tumque pretium supremum et infimum habebitur: et inter utrumque medium locabitur. Igitur cum *Collat. Ambianensi, de Theolog. morali*, t. IV, conf. LII, q. VI, p. 19, dici potest pretium *supremum* illud esse ultra quod viri probi non vendunt suas merces; *infimum*, infra quod emptores probi non emunt; *medium*, quod inter utrumque consistit. Observant plures auctores in rebus necessariis, et frequentioris venditionis, pretium infimum parum distare a supremo; v. g., latitudinem esse posse a novem ad undecim, a 95 ad 105, etc.; in rebus superfluis majorem esse hanc latitudinem; demum in rebus raris et pretiosis adhuc majorem, adeo ut quædam dicantur pretium non habere, v. g., gemmæ, quædam picturæ, etc.

683. His positis, videbimus 1°. utrum et quatenus peccent qui non stant justo pretio; 2°. utrum et quatenus ex hac causa rescindi possit contractus; 3°. et 4°. utrum aliquando liceat vendere supra, aut emere infra commune pretium; 5°. agemus de monopolis.

#### I. *Utrum et quatenus* PECCENT QUI NON STANT *justo pretio*?

Triplex fingi potest hypothesis. I. *Si adsit pretium legale*, pluris vendere non licet. Leges enim et decreta auctoritatis competentis obligant in conscientia, et verum jus conferunt emptoribus ne res sibi pluris vendantur: si ergo pretium illud excedatur, exurgit obligatio restituendi; cumque illud pretium sit indivisibile, existit illa obligatio, sive magnus, sive modicus sit excessus.

Observandum tamen, 1°. si taxatio facta fuerit in gratiam unius e contrahentibus, eum posse huic renunciare: sed tunc etiam stare debet alter intra limites pretii vulgaris; alioquin, nisi supponeretur condonatio omnino voluntaria, committeretur vera injustitia.

2°. *Taxatio* fit pro mercibus communis bonitatis aut qualitatis : si ergo res sit notabiliter pejor aut melior iis quæ vendi solent, venditor tenetur in uno casu minuere, et in altero potest augere pretium ; ita communiter auctores. Sed requiritur notabilis differentia ; alioquin lex scopum suum non attingeret.

II. *Si non adsit pretium legale*, standum est pretio vulgari, id est, non licet vendere supra pretium supremum, vel emere infra infimum. In contractibus enim commutativis servanda est æqualitas : atqui hic non servatur ; ergo exsurgit pariter obligatio restituendi. Ita omnes theologi post S. THOMAM, 2. 2, q. LXXVII, art. 1.

III. *Si agatur de rebus quæ dicuntur non habere pretium determinatum*, quales dicuntur gemmæ, veteres picturæ, aut statuæ, libri rari, quædam animalia e regionibus extraneis adducta, etc., docet DOM. SOTO, l. VI, q. II, art. III, in fine, et alii plures quos citant Salmanticenses, c. II, n° 92, posse venditorem tanti illas vendere, quanti emptor sciens et volens consenserit dare : tum quia, cum res illæ nec legale, nec vulgare pretium habeant, illud censetur justum de quo partes inter se conveniunt ; tum quia, cum non sint necessariae ad vitam humanam, si quis velit eas emere, censetur sponte dare quod alter exigit, et excessum gratis condonare. Hinc illi auctores tertiam pretii speciem admittunt, nempe conventionale. Ad hanc sententiam pro praxi accedit HAUNOLDUS, t. IV, tr. X, n° 159, quamvis agnoscat contrariam speculative veriorrem videri.

Sed dicendum est res illas vendi non posse nisi secundum æstimationem virorum in his intelligentium. Ita DE LUGO, D. XXVI, n° 47, et alii multi quos citant et sequuntur SALMANTICENSES, n° 93 : et communiter recentiores ; ANTOINE, part. II, c. VI, q. II, p. 82 ; BILLUART, D. III, art. III, p. 146 ; S. LIGUORI, l. 3, n° 808 ;



D. BOUVIER, p. 295. Etenim semper æqualitas in contractu servanda est: porro illa æqualitas determinari debet ex judicio communi prudentum, attentis omnibus circumstantiis; si ergo illi non solum tale pretium non offerant, sed judicent imprudenter offerri, scientes totam rei perfectionem, raritatem, novitatem, etc., signum est rem non esse tali pretio dignam. Licet ergo venditor ex avaritia, et emptor ex levitate vel imprudentia illam tanti æstiment, non potest exinde justum pretium deduci.

Observandum tamen 1°. longe majorem in his rebus admitti pretii latitudinem: ita communiter auctores. Sed agnoscendum semper aliquem esse terminum, ultra quem non solum imprudentis, sed insani hominis esset pro re illa dare: neque certe ab injustitia excusaretur venditor qui illud exigeret. 2°. Aliquando in una regione multi æstimantur res quæ in alia pro vilissimis habentur: nil obstat quin in unaquaque regione vendantur secundum æstimationem ibi receptam. 3°. Si venditor et emptor, rei pretium ignorantes, bona fide et libere inter se conveniant, nihil erit restituendum, etiamsi postea detegant alterutrum fuisse læsum etiam notabiliter: uterque enim sorti se commisit, seque exposuit tam damno quam lucro; fuit ergo contractus aleatorius. Ita iidem auctores, quos sequitur COLLET, part. II, c. I, n° 94, p. 137.

684. II°. *Utrum et quatenus RESCINDI POSSIT CONTRACTUS VENDITIONIS in quo servatum non est justum pretium?*

Jam diximus in prima parte (n° 83), aliquando locum esse rescissioni venditionis propter læsionem. Breviter nunc exponendum est quandonam concedatur hæc actio; quomodo exercenda sit; et quinam sint ejus effectus.

I. *Quandonam locum habere possit rescissio læsionis causa?* — 1°. Locum non habet nisi in gratiam venditoris, non vero in gratiam emptoris; art. 1683. Postulare videretur æqualitas contractus ut utrique eadem facultas con-

cederetur; et ita reipsa olim communius admittebatur; POTHIER, n° 372 : sed aliter hodie statutum fuit, sive quia venditor sæpe necessitate compellitur ad vendendum, non vero emptor ad emendum, quo sensu dicitur : *Invidia penes emptorem, inopia penes venditorem*, cum emptor agat ut augeat substantiam suam, venditor ut minuat; sive quia bonum publicum magis exigit stabilitatem contractus erga illum qui tradidit bonum immobile, quam erga illum qui nonnisi pecuniam. Vid. TROPLONG, t. II, n° 853, 854; DUVERGIER, t. II, n° 82. Merito tamen observat TROPLONG, n° 855, posse emptorem postulare rescissionem causa fraudis, si adfuerit.

2°. Locum non habet nisi *quoad immobilia*. Olim pluribus in locis admittebatur quoad mobilia, saltem majoris pretii. Nunc autem restringitur ad immobilia; tum quia quod spectat ad eorum dispositionem pluris interest ad bonum publicum; tum quia bonorum mobilium valor est magis incertus, et commercium debet esse magis expeditum; tum quia frequentius cogitur venditor vendere infra justum pretium bonum immobile quod sæpe nonnisi vicinis vendi potest, quam bonum mobile quod in locum venditioni aptiorem transferri potest. Vid. TROPLONG, n° 789; DUVERGIER, n° 72; DURANTON, n° 438. Sed per immobilia intelligenda sunt etiam jura immobilia, ut contra DURANTON, n° 444, ostendunt TROPLONG, n° 793, et DUVERGIER, n° 73.

3°. Locum non habet in venditionibus quæ juxta legem fieri nequeunt nisi *auctoritate publica*; art. 1684. Sive ratione moræ necessario afferendæ, sive ob publicitatem et varias solemnitates adhibendas, minus timendum est ne venditio fiat infra justum pretium. Aliunde securitatem emptoribus præstare debet auctoritas publica, ut licitatores alliciantur. Vid. DURANTON, n° 467; DUVERGIER, n° 81; PIGEAU, p. 404. Sed cum variæ formæ

legales necessario non adhibeantur nisi in venditionibus quæ nonnisi auctoritate publica fieri possunt, ideo ad has restringitur exceptio. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 165; DURANTON, n° 468.

4°. Locum non habet etiam in venditionibus *aleatoriis*. quia periculum quod incurrit quilibet contrahens compensatur per spem lucrandi, seu per determinationem pretii. TROPLONG, n° 790; DUVERGIER, n° 75.

5°. Locum non habet nisi quando læsio excedit septem e duodecim partibus justii pretii, *de plus des sept douzièmes*; art. 1674. Olim satis erat ut excederet dimidiam partem: hodie vero ita restricta fuit facultas rescissionis. Per justum autem pretium quidam intelligunt supremum, quidam infimum, quidam medium; POTHIER, n° 343: sed probabilius videtur intelligendum esse infimum, quia emptor poterat non emere nisi infimo, ac proinde nonnisi hinc proficiscitur venditoris læsio, si ita loqui fas est; ita MOLINA, D. 349, n° 3; HAUNOLDUS, t. IV, tr. X, n° 241, dicens ita tenere communiter theologos: illudque eo magis hodie admittendum est, quod nedum favorabilis sit rescissio, ut olim dicebat Pothier, contra in jure nostro quantum fieri potest restringitur. *Æstimatio* autem, ex art. 1675, facienda est secundum valorem quem habebat res tempore contractus, quia tunc existere debuit æqualitas. Si agatur de pretio legali, dicunt plures, quos citat et sequitur DE LUGO, n° 85, dari actionem etiam in foro externo, licet læsio non attingat dimidiam partem pretii: ita etiam HAUNOLDUS, n° 162, et quidam apud BILLUART, art. II, p. 137: quia facile cognosci potest excessus, etiam levis; et taxatio legis debet effectum suum obtinere. Non videmus jurisperitos nostros de isto casu loqui: verisimiliter quia raro adest pretium legale; et quando adest, rara certe est læsio.

6°. Etiam si venditor in contractu renuntiaret juri postulandi rescissionem, nihilominus, ex art. 1674, postulari

posset : merito præsumitur renuntiationem inductam fuisse per eandem causam quæ induxit ad vendendum vili pretio. Sed si renuntiet postea, non adest eadem præsumptio, ac proinde libera censi debet renuntiatio, nisi aliud indicent circumstantiæ. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 165; DURANTON, n° 436; TROPLONG, n° 797, 798; DUVERGIER, n° 77 et seq.

685. II. *Quid agendum, ut obtineatur rescissio venditionis?*

1°. Ex art. 1676, postulatio rescissionis facienda est intra duos annos a tempore contractus; quo termino elapso, actio præscripta est, et quidem etiam contra uxores, absentes, interdictos, et minores. Lex voluit ne diu incerta remanerent dominia et contractus.

2°. Actio dirigi potest, non solum contra emptorem, sed etiam contra tertium boni detentorem : id aperte supponit art. 1681. Hinc oritur inter jurisperitos controversia de natura hujus actionis, an sit personalis, an realis, an mixta; et consequenter an recurrendum sit ad judicem loci in quo situm est bonum, an vero loci in quo emptor domicilium habet; item, utrum actio dirigi possit aut debeat directe contra detentorem, utrum contra solum emptorem. De his, quæ ad nostrum scopum non spectant, vid. TROPLONG, n° 801 et seq.; DUVERGIER, n° 93 et seq.

3°. Venditor non potest ad probationem læsionis admitti nisi per judicium, et modo alleget facta satis verisimilia et gravia ut præsumi debeat læsio; art. 1677.

4°. Si judici certa videatur læsio, potest statim pronuntiare rescissionem : ita saltem docent TROPLONG, n° 831, et DUVERGIER, n° 106, contra DELVINCOURT, *Notes*, p. 166. Sed si non statim pronuntiet, probari non potest læsio nisi recurrendo ad judicium trium arbitrorum; art. 1678-80 : lato per illos iudicio stare non tenetur iudex, juxta art. 322 et 323 codicis Judicialis, cujus dispositiones hic applicantur.

686. III. *Quisnam sit effectus actionis venditori concessæ?*

Si actio illa admittatur, seu, ut accuratius loquamur, si bene fundata judicetur, illius effectus est rescissio contractus, cum illud sit postulationis objectum ex art. 1674. Attamen, ex art. 1681, emptori conceditur facultas vel reddendi rem repetendo pretium solutum, vel rem retinendi solvendo supplementum pretii.

Sedulo advertendum est objectum directum actionis esse tantum rescissionem contractus, non vero solutionem supplementi pretii : unde quoad istud obligatio emptoris non est alternativa, sed facultativa in sensu antea exposito (nº 361). Id constat apud jurisperitos, tum veteres, tum recentiores : POTHIER, nº 348 ; DELVINCOURT, *Notes*, p. 164 ; DURANTON, nº 453 ; TROPLONG, nº 837 ; DUVERGIER, nº 114.

Hinc autem plura sequuntur magni momenti. 1º. Hæc actio est immobilis, *immobilière* : DELVINCOURT, et DURANTON, *ibid.* ; TROPLONG, nº 808 ; DUVERGIER, nº 115. Unde huic applicantur quæcumque de hujusmodi actionibus statuuntur art. 464, 1428, etc. codicis Civilis. 2º. Si res perierit sine culpa emptoris, jam ad nihil tenetur erga venditorem : liberatur enim interitu rei debitæ ; et de facto contractus nedum noceat venditori, illi prodest, cum habeat partem pretii quam alioquin non haberet. Ita POTHIER, *ibid.* ; DELVINCOURT, *ibid.* ; TROPLONG, nº 825 ; DUVERGIER, nº 102. Excipit POTHIER, nº 349, quem sequitur TROPLONG, nº 826, casum quo emptor rem ipse vendidit majori pretio : tunc enim prioris venditoris interest ut rescindatur contractus ; hoc enim rescisso, secunda venditio censetur fuisse rei alienæ, ac proinde primus emptor debet restituere excessum pretii : etenim ad illum nullum titulum habet ; contra, ut ait FACHINEUS, l. II, c. XVIII, in fine, cum pretium habuerit, rem ipsam habere videtur. Decisionem admittens, post plures theologos et canonistas, HAUNOLDUS, nº 259, ex ea ratione quod



obligatio emptoris non sit alternativa, simul exceptionem admittit; quia æquitas postulat ut ex pretio quod recepit suppleat quod soluto pretio defuit, ne cum alterius damno locupletior fiat: ita pariter MOLINA, D. 349, n° 6: quod etiam procedit, inquit Haunoldus, si rem consumendo locupletior factus sit. Attamen satis verisimiliter contradicit DUVERGIER, n° 103; semper verum remanet venditionem de facto profuisse venditori. Aliunde non potest petere restitutionem rei; ergo deficit objectum directum actionis. Demum difficilius æstimabitur res, jam non amplius existens. 3°. Non potest emptor directe cogi ad solvendum supplementum. Ita iidem auctores.

Hoc posito, 1°. si emptor eligat rem servare, et solvere supplementum pretii, potest retinere hujus decimam partem; art. 1674: sive, ut ait DELVINCOURT, *Notes*, p. 168, ad solvendas impensas contractus; sive quia cum mathematicè constare nequeat de vero pretio, nimis rigoroſe tractandus non est emptor, ut dicit MALEVILLE, ad illum articulum; vid. etiam TROPLONG, n° 838. Debet solvere interesse illius supplementi a die quo postulata est rescissio. Juxta multos, deberet illud solvere a die venditionis, cum præsumi non debeat bona fides; sed legislator, admissio principio rescissionis, consecutaria mitigavit: DUVERGIER, n° 117; TROPLONG, n° 839. - 2°. Si contra emptor eligat rem restituere, debet reddere fructus a die quo postulata fuit rescissio: hic applicari potest quod modo dicebamus de interesse supplementi; vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 167; TROPLONG, n° 841; DUVERGIER, n° 119. Ab eodem die illi debetur interesse pretii quod solvit, et a die solutionis, si nullos fructus perceperit; art. 1674. Quoad rem ipsam autem, eam reddit in statu in quo nunc est, nisi quoad imminutiones quæ proveniunt ex ipsius facto, et de quibus statuitur ratione habitæ bonæ vel malæ fidei; potest autem repetere impensas necessa-

rias, et utiles in quantum auctus est ex iis valor rei. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 167; TROP LONG, n° 843 et seq. 3°. Si res non sit amplius penes emptorem, sed ad alterum transierit, isti applicanda erunt quæ diximus de emptore, et venditor nihil de juribus suis amittet.

687. Tales sunt juris civilis dispositiones in casu læsionis. Earum vis in foro conscientiæ potest ex istis principiis determinari. 1°. Quando lex concedit beneficium rescissionis, eo uti licet in conscientia : non solum enim nihil injustum includit, sed æquitati omnino consonum videtur. 2°. Quando tale beneficium per legem non conceditur, contractus non est rescindibilis, nisi ex errore vel dolo talis reddatur juxta principia generalia in prima parte exposita. Sed semper in conscientia obligatio incumbit sive emptori, sive etiam venditori, restituendi ad æqualitatem : quamvis enim lex non debuerit actionem tribuere nisi in certis quibusdam casibus, ne scilicet ultra modum excresceret litium numerus, noluit nec potuit tollere obligationem resarciendi damna illata. Merito autem observat LOGEROT, p. 226, in restitutione facienda, si de venditore agatur, excessum computandum esse a summo pretio, quia venditor potuit vendere supremo pretio, et emptor dici nequit læsus nisi in eo quod excedit tale pretium : si vero agatur de emptore, defectum pretii computandum esse a pretio infimo, ob similem rationem, prout jam diximus (n° 684, p. 323) etiam quoad forum externum.

688. III°. *Utrum ALIQUANDO LICEAT VENDERE SUPRA pretium commune?* — Ut ea quæstio accurate solvatur, quædam prænotabimus.

1°. Non quærimus cum quibusdam, utrum.... *supra justum pretium* : hoc enim videtur implicare in terminis, nisi sumatur *in sensu diviso*, ut aiunt, quatenus nempe ex aliqua ratione peculiari fieri potest ut justum evadat pretium quod alias tale non esset.

2°. Supponit ipsa quæstio licitum esse vendere pretio supremo : idque ex notionibus allatis (n° 682) sequitur. Sed illud intelligendum est, seclusa fraude et dolo. Duplici autem præsertim modo potest fraus committi. 1. Si conventionem facta de pretio medio aut infimo, venditor occulte sumat supremum pretium, decipiendo alium vel in numeratione pecuniæ, vel in quantitate aut qualitate mercis, docuit MEDINA esse quidem peccatum contra fidelitatem, cum non servetur conventio, non vero contra justitiam. Verum, inquit SALMANTICENSES, c. II, n° 83, hæc sententia est improbabilis, utpote quæ fallaciis, mendaciis et injustitiis viam sternit. Tota latitudo pretii est quidem in se justa, seu in ordine ad voluntatem contrahentium ante conventionem : sed conventionem inita, unusquisque jus habet ad id de quo conventum est, ac proinde nequit unus sine consensu alterius quidquam immutare. Ita etiam MOLINA, D. 351, n° 7, satis fuse refellens opinionem contrariam, quam non dubito, inquit, esse falsam. 2. Si ante conventionem venditor utatur fraude et dolo ut pertrahat emptorem ad pretium supremum, peccat contra justitiam; quia emptor jus habet ne viis injustis cogatur ad emendum pretio riguroso, seu ne impediatur a facultate quam habet emendi pretio inferiori. Ita ANTOINE, q. IV, p. 84; BILLUART, D. III, art. III, p. 145; COLLET, n° 66, p. 130; D. BOUVIER, p. 293; et alii. Sed difficultas est in assignando quandonam adsint fraus et dolus, seu viæ injustæ. Si agatur de mendaciis, perjuriis, etc., quibus falso affirmant venditores rem sibi tanti constitisse, tantum fuisse sibi ab aliquo oblatum, etc., non possunt excusari a peccato mendacii et perjurii, quia, ut observat BILLUART, *ibid.*, esto quod alii ipsis non credant, volunt ipsi decipere et in errorem inducere. Verum sæpe saltem excusantur ab injustitia, inquit SALMANTICENSES, n° 84, quia hæc sunt communia venditoribus, et emptores norunt hæc

## ART. IV. AN LIC. VENDERE SUPRA PRETIUM COMMUNE. 329

esse negotiatorum stratagemata, quibus fidem non adhibent; et si incaute adhibeant, suæ imprudentiæ imputent. Id sæpe verum esse potest; sed existimamus cum Billuart universim asseri non posse, præsertim quando interponitur juramentum, aut mendacium ita fucatur, ut videantur sincere loqui: si enim vere decipiant, et in causa sint cur emptor majori pretio emat, jus illius lædunt. Ita etiam COLLET, *ibid.*; HENNO, D. VII, q. VI, pet. II, p. 352. Facilius excusari possunt qui primum assignant pretium supremo majus, non quidem ut illud obtineant (sic enim affectu peccarent, et si reipsa obtinerent tenerentur excessum refundere), sed ut emptori locum dent offerendi suum pretium, et contendendo eum ad æquum pretium deducant: satis enim plerumque notum est hæc non proferri ut fides adhibeatur, sed animo cum emptore licitandi, sen, ut aiunt, *pour marchander*. Ita COLLET, *ibid.*; BILLUART, p. 146.

3°. Supponit pariter quæstio proposita pretium commune esse determinatum modo consueto; et sensus est, utrum liceat vendere supra pretium commune, etiam quando tale remanet. Quando igitur dicunt licere carius vendere ob rerum penuriam, ob emptorum numerum, ob minorem pecuniæ raritatem, etc., extra quæstionem versantur, vel instituunt quæstionem de nomine, ut observat Collat. Ambian., t. IV, p. 30: in variis enim his casibus, pretium commune augetur, et venditor illo augmento fruitur, sed non vendit supra pretium commune.

689. His præmissis, agnoscunt communiter auctores aliquando licitum esse vendere supra pretium supremum: sed de variis causis ex quibus id licet non consentiunt. De præcipuis breviter dicemus.

I. *De damno emergente et lucro cessante*. Communiter agnoscunt theologi, post S. Thomam, hos esse titulos vendendi supra commune pretium. Damnum enim quod

patitur venditor, vel lucrum quod amittit ex carentia rei suæ, sunt aliquid pretio æstimabile; non tenetur venditor damno illi se exponere, aut lucro illo carere in gratiam emptoris: ergo quando aliquid ultra exigit, jam non ratione rei ipsius, sed alicujus extrinseci, vere non excedit justum pretium; venditur quidem res pluris quam valeat secundum se, non vero pluris quam valeat habenti.

Illudque verum est, etiamsi pretium fuerit a lege taxatum, quia ea taxatio respicit rem in se spectatam, non vero ratione habita damni extrinseci. Ita SALMANTICENSES, n° 89; COLLET, n° 81, p. 134; S. LIGUORI, n° 807.

Sed requiruntur quædam conditiones. 1°. Ut venditio sit vera causa damni emergentis, aut lucri cessantis: alioquin jus non dat exigendæ compensationis. Hinc juxta multos, qui vendit necessitate compulsus, vel qui sponte rem suam offert, non potest compensationem exigere, cum emptor non sit incommodi causa: ita plures quos citant, et quibus non contradicunt SALMANTICENSES, *ibid.*; S. ANTONINUS, quem citat et sequitur COLLET, n° 82, p. 135; BILLUART, art. IV, §. 1, p. 149; *Collat. Ambianens.*, p. 26; POTHIER, n° 244. Aliter tamen sentit S. LIGUORI, *ibid.*, quia emptor, acceptando contractum, jam fit vera causa damni venditoris. Hæc quæstio elucidari poterit ex iis quæ dicemus ubi *de Mutuo*, ubi loquemur pariter de damno emergente et de lucro cessante, et speciatim *de Destinatione lucrativa*,

2°. Requiritur ut emptor moneatur aliquid exigi ultra pretium rei: alioquin ei injuria irrogatur, inquit P. ANTOINE, q. V, p. 85, quia non consentit nisi in pretium rei secundum se spectatæ; et forsitan, si sciret, nollet damnum illud redimere, sed aliunde sibi provideret emendo rem valoris æqualis pretio quod solvit: præterea decipere-tur circa valorem rei absolutum, et alios postea decipere posset. Ita auctores mox citati, et ipse S. Liguori: quibus



addi possunt LESSIUS, l. 2, c. 21, n° 26; DE LUGO, n° 89. Cæterum, de his fusius agetur ubi *de Mutuo*.

690. Hinc 1°. dicunt communiter auctores eum qui rem suam servaturus est usque ad tempus quo pluris valitura est, posse, si nunc vendat, aliquid ultra pretium actuale exigere. Sed simul monent deducendas esse impensas interrim faciendas, et computari debere æstimationem diminutionis, deteriorationis, et periculi rei in id tempus servandæ: alioquin, ut patet, læderetur æqualitas. Si autem ignoretur, ut plerumque evenit, quale præcise futurum sit pretium, potest in præsentī contrahentium conventionē attentis omnibus definiri, vel possunt pacisci standum pretio quod tunc curret. Ita ANTOINE, BILLUART, COLLET, *loc. cit.*

Hinc 2°. si mercator in re habenda expensas extraordinarias fecerit, vel labore extraordinario opus habuerit, sequi videretur eum posse pluris vendere, ne alioquin damnum patiatur. Verum id negant communiter auctores. Nam ex una parte, damnum jam passus est, cum in rei acquisitione plura expenderit quam res ipsa ex communi pretio valeat; ac proinde non agitur in venditione de vitando, sed de reparando damno. Ex altera, non ex circumstantiis illis extraordinariis, sed ex communiter contingentibus æstimatur pretium, in quo etiam attenditur quod hæc quandoque contingant: neque emptor pati debet ob imprudentiam vel malam fortunam venditoris. Ita BILLUART, D. III, art. III, p. 144; P. ANTOINE, p. 85; COLLET, n° 78, p. 133. Sed pariter potest rem communi pretio vendere, licet minores expensas fecerit in ea acquirenda.

691. II. *De speciali affectu venditoris erga rem suam.* An sit sufficiens ratio vendendi supra pretium supremum, non omnino inter theologos constat. Quidam simpliciter negant, ait BILLUART, art. IV, §. I, p. 149. 1°. Si quis rem furaretur, satisfaceret restituendo pretium commune.

2°. Res non æstimandæ sunt ex privato affectu, cujus vis communi judicio definiri non potest. 3°. Parum virium habet affectus quem vincit aliquanto majoris pecuniæ cupiditas : ergo cum affectum pretio isto æstimas, hoc ipso te parum illo teneri ostendis; ergo injustus es, si propter affectum quem tam exigui pretii habes aliquod pretium exigis. Ita sentit et ratiocinatur CARD. GERDIL, t. XVIII, c. IV, q. 3, p. 119; ita etiam BROCARDUS, *Alphabet. moral.*, v° *Emptio*, n° 86.

Attamen communiter admittitur ille titulus vendendi supra commune pretium, teste DE LUGO, n° 90 : ita etiam theologi recentiores. Et revera molestia subeunda ex carentia rei specialiter amatae, et oblectationis exinde provenientis privatio in gratiam alterius sunt aliquid pretio æstimabile; ac proinde venditor patitur damnum, cujus compensationem exigere potest. Unde ad id quod objicitur de fure, dici posset eum quidem ex rei natura debere aliquid restituere; sed eximi, vel quia restitutionem non exigit dominus contentus recuperatione rei suæ, vel forsitan ob aliam rationem, de qua dicemus in mutuo ubi *de Periculo sortis*.

Sed ut rite applicetur ille titulus, nonnulla sunt observanda. 1°. Affectus debet esse rationabilis. Illud quidam negant, quia etiam extra hanc hypothesim semper verum est venditorem damnum pati, et difficile est determinare an affectus sit omnino irrationabilis. Sed reponi potest, 1. non esse æstimabilem, nisi sit rationabilis; alioquin pretium illius nullo modo assignari posset : 2. nisi illud admittatur, januam aperiri fraudibus, quia unusquisque affectum peculiarem prætendit, nec falsi convinci poterit. Hinc merito observat COLLET, n° 82, p. 135, mercatorem non posse sub prætextu hujus tituli merces suas carius vendere, quia ratione muneris sui paratus esse debet ad res suas justo pretio alienandas.

2°. Pro illo affectu non potest exigi pretium quantumcumque, sed moderatum, juxta sensum virorum prudentum. Ita *Collat. Ambian.*, p. 28, post alios fere omnes, ut ipse testatur; POTHIER, n° 246.

3°. Ut valeat ille titulus, concurrere debent conditiones mox assignatæ circa damnum emergens (n° 689).

692. III. *De speciali emptoris affectu, vel utilitate aut necessitate.* Satis constat non esse titulum vendendi supra commune pretium. Ut enim ait S. THOMAS, 2. 2. q. LXXVII, art. I, utilitas quæ alteri accrescit non est ex vendente, sed ex conditione ementis : nullus autem debet vendere alteri quod non est suum, licet possit ei vendere damnum quod patitur. Aliunde pretium rerum æstimatur ex communi, non vero ex privata alicujus utilitate vel necessitate : alioquin quo pretio vendi non posset panis alicui fame morienti?

Hæc S. Thomæ doctrina, inquit BILLUART, art. IV, §. I, p. 150, quam post ipsum unanimi consensu docent omnes theologi, verissima est atque certissima, et tamen rarissima ejus praxis apud sæculares, quorum innumeri eo pluris se licite posse vendere putant agrum, hortum, etc., quo magis indiget vicinus aut alter emptor : et quod pejus est, si eos ideo injustitiæ arguas, atque obligationem restituendi urgeas, rident aut succensent, quasi exoticum quid aut absurdum proferas : sic mortalium corda excæcat lucri cupiditas. Ita ille. Ait quidem S. Thomas, *ibid.* : « Ille tamen qui ex re alterius accepta multum « juvatur, potest propria sponte aliquid vendenti superero-  
« gare, quod pertinet ad ejus honestatem : » unde concludit *Collat. Ambian.*, p. 29, 30, eos qui in hujusmodi circumstantiis vendentes multum non excesserunt pretium commune, non esse inquietandos. Sed ultra non est progrediendum : cum enim facile præsumi non debeat liberalitas, si gravis fuerit læsio, non excusatur venditor ex eo

quod emptor tale pretium obtulerit, aut voluntarie accep-  
taverit : quod enim offertur aut solvitur supra justum pre-  
tium, ex errore aut necessitate solum censi debet,  
non gratis et ex liberalitate; nisi aliud circumstantiæ in-  
dicent, v. g., si appareat principem, aut consanguineum,  
aut aliquem beneficium velle venditoris statum et inopiam  
quasi eo non percipiente sublevare. Ita vulgo theologi,  
inquit COLLET, n° 75, p. 133 : est communis sententia,  
ait ANTOINE, q. VIII, p. 88.

693. IV. *De modo quo fit venditio.* Sub hoc titulo plura  
includi possunt, quæ vel longa expositione non indigent,  
vel opportunius in alio loco elucidabuntur.

1°. Si merces vendantur minutatim, ut dicitur, *en dé-  
tail*, et in modica quantitate, pluri vendi possunt : plus  
enim laboris et curarum subit qui sic vendit, quam qui  
simul et in magna quantitate. Ita communiter auctores  
apud SALMANTICENSES, n° 149. Sed dici potest illud esse  
extra quæstionem, quia ordinarie pretium commune di-  
versum est pro duplici illo vendendi modo.

2°. Huc reduci posset etiam venditio *per auctionem pu-  
blicam*, (*aux enchères, à l'encan*) ; de qua speciatim dicemus  
(n° 757 et seq.) : item venditio quæ fit *credito*, (*à crédit*),  
de qua opportunius ubi *de Mutuo*.

694. V. *De venditione facta extraneis.* In antiquo con-  
cilio, quod refertur CAP. *Placuit*, I, *De empt. et vendit.*,  
III, XVII, jubentur presbyteri plebes suas monere *Ut non  
carius vendant transeuntibus, quam mercato vendere possunt.*  
Ratio facile intelligitur. Attamen, ait MOLINA, D. 346,  
n° 2, si ad locum aliquem accedant multi extranei, et ad  
emendum avidi, v. g., si rex transeat cum sua aula, si  
classis e regionibus exteris adveniat, accrescent pretia re-  
rum multiplicatis emptoribus, et nefas non judicatur carius  
vendere illis alienigenis avidis, quam naturalibus, qui  
forte, si merces utrisque sufficiant, nolent dare nisi pre-

tium consuetum : hoc consuetudine est receptum, inquit, nec damnare audeo. Nec abnuit LESSIUS, l. 2, c. 21, n° 31, addens dici posse pretium crescere pro utrisque, et tamen consuetudine receptum esse ut indigenis fiat gratia, eo quod incrementum illud sit fortuitum et transiens. Sed extra huiusmodi casus, satis constat violari justitiam si merces supra supremum pretium vendantur alienigenis, qui harum pretium ignorant, vel qui in sua patria carius solvere consueverunt.

695. IV°. *Utrum ALIQUANDO LICEAT EMERE INFRA commune pretium?* Hic applicari possunt, proportionem servata, plura ex iis quæ diximus in quæstione præcedenti : quæ proinde iterum asserre supervacaneum esset. Observabimus tantum cum *Collat. Ambianens.*, p. 34, extra quæstionem versari eos qui velut titulum emendi infra pretium asserunt mercium abundantiam, paucitatem emptorum, penuriam publicam pecuniæ, etc. : hæc solum minuunt pretium. Loquamur ergo tantum de præcipuis aliis causis.

I. *Si merces ultro offeruntur*, communiter dicitur emi posse infra commune pretium, juxta axioma satis receptum : *Merces ultroneæ vilescunt* : talis reipsa esse videtur communis hominum æstimatio.

Illud tamen explicatione indiget, ne in sensu parum accurato sumatur.

1°. Si res sit parum utilis emptori, eamque emat in gratiam venditoris qui non vult alios emptores quærere, potest minoris emere : quia tunc ipsi minus valet, indeque pateretur damnum si tanti emeret quanti valet secundum se. Ita SALMANTICENSES, n° 103, 105; BILLUART, art. III, p. 145; COLLET, n° 60, p. 129, qui animadvertit hic opus esse bona fide; ANTOINE, q. v, p. 86.

2°. Extra hunc casum, axioma allatum cum aliqua moderatione sumendum est; alioquin est valde periculosum in praxi, ut advertit *Collat. Ambian.*, p. 34. Nam si ven-



ditor offerat ex sola necessitate, non licet minoris emere. Ex satis communi sententia, esset contra caritatem; repugnat enim illi principio : *Alteri ne feceris*, etc. Imo videtur esse contra justitiam; quia sicut necessitas emptoris non auget pretium, ita nec necessitas venditoris minuit, sed tantum æstimatio communis. Ita *Collat. Ambian.*, p. 35. Unde hanc propositionem damnavit facultas Parisiensis, an. 1665 : « Potest aliquis emere rem vilius ab eo qui vendit necessitate compulsus, quia ex modo vendendi minuitur. » Ita etiam COLLET, n° 60, p. 129; BILLUART, p. 144. Et revera facile concipitur posse mercem aliquam minori pretio offerri, quin inde concludi possit ejus pretium imminutum fuisse. Sic si quis vendat vasa argentea (*sa vaisselle d'argent*), non ideo minoris valet. Si tamen ex ultronea oblatione concludi possit paucos exstare emptores, licebit minoris emere, quia signum est minoris æstimari, ideoque minuitur verum pretium. Sic quando bibliopola offert librum, vel alius mercator mercem suam, ut dicitur, *au rabais*, plerumque signum est non multum perquiri. Ita LABRUNIE.

3°. Quando reipsa minuitur pretium rei, quærunt auctores quanti vilescat. Plures, inquit S. LIGTORI, n° 802, sentiunt vilescere usque ad dimidium : sed probabilius censent alii vilescere tantum pro tertia parte. Nobis videtur id generatim definiri non posse, sed pendere a circumstantiis.

II. Si res ematur, non apud mercatorem, saltem qui vendat res hujusmodi novas, sed ut dicitur, *de rencontre*, minoris emi potest. Etenim res eo modo empta ex æstimatione communi minoris valet. Si ratio quæratur, dici potest id esse minus honorificum : sed quidquid sit de ratione, factum ipsum est satis constans. Ita LABRUNIE.

696. III. Si fiat emptio *sub conditione onerosa*, minui potest pretium ratione illius oneris; *Collat. Ambian.*,

p. 32 : cum illud onus sit quodammodo pars pretii, facile intelligitur pretium esse ex alia parte minuendum; v. g., si solutio fieri debeat quadam moneta rara et inventu difficili, si fieri non possit quadam moneta dubia, et tamen vulgo admissa, vel si venditor sibi reservet facultatem redimendi, etc.

697. Nihil hic dicemus de quibusdam aliis titulis qui allegari solent, v. g., si ematur magna mercium quantitas, seu, ut dicitur, *en gros*; si in auctione publica; si cum anticipata solutione, etc. : his applicari facile possunt quæ diximus in quæstione præcedenti; de nonnullis redibit sermo in decursu.

Supersunt duo dubia quæ ad præsentem materiam referuntur, et de quibus nunc dicendum.

DUB. I. — Quid de eo qui novit scientia privata mercium pretium brevi vel augendum vel minuendum, potestne vendere aut emere pretio nunc currenti?

Aliqua distinctione opus esse videtur. Vel pretium imminuendum est ob circumstantiam merci intrinsecam, vel ob extrinsecam.

1°. Si *ob causam intrinsecam*. Casus est, v. g., si quis sciat suum equum moriturum ex morbo adhuc occulto, vel vinum corrumpendum, etc. In eo casu satis communiter admittitur non licere vendere pretio currenti : illud vitium vere minuit pretium rei, maxime cum possit cognosci ab expertis, si rem expenderent. Insuper, ut infra dicemus (n<sup>is</sup> 722, 725), venditor debet habere rationem vitiorum etiam occultorum. Ita SALMANTICENSES, n° 109; BILLUART, art. VII, p. 172; COLLET, n° 118, p. 145.

Hinc concludit SYLVIVS, t. III, q. LXXVII, art. III, p. 522, eum qui scit librum brevi prohibendum fore, non posse eum vendere pretio currenti : quia adest vitium præsens; ergo minuitur valor. Id probabile reputat BILLUART, p. 173, et admittit COLLET, *ibid.*, n° 119. Verum aliud

sensit DE LUGO, n° 144 : quia ratio allata probaret restituendum fore etiam ab illo qui vendidisset ignorans futuram prohibitionem ; imo etiamsi prohibitio non sequeretur, quia vitium non est in prohibitione, sed in eo quod liber dignus sit prohiberi. Dicendum ergo librum posse vendi pretio currenti. Imo, pergit de Lugo, quando liber prævidetur prohibendus, crescit pretium, propter curiositatem et aviditatem lectorum ; et etiam post prohibitionem solet carius vendi, propter eandem aviditatem, quæ licet ex peccato oriatur, sufficit tamen ad pretium vulgare augendum. Cæterum hic quæstio non expenditur nisi sub respectu pretii : sed aliunde prohibita est venditio libri pravi.

698. — 2°. *Si ob causam extrinsecam*, v. g., quia superventura cognoscitur magna mercium copia, aut alius quidam eventus ex quo minuetur pretium, quidam dicunt non licere vendere pretio currenti. Ita olim sensit CICERO, *de Offic.*, l. III, quem secuti sunt quidam theologi, et cui satis aperte adhæret POTHIER, n° 241 : tum quia æstimatio fundatur in errore ; tum quia venditori deest bona fides ; deberet enim emptorem monere, ut existeret inter eos æqualitas.

Contrarium sentit S. THOMAS, 2. 2. q. LXXVII, art. III, ad 4, quem vulgo sequuntur theologi, et plerique ex iis qui de jure naturæ scripserunt, ut agnoscit ipse Pothier. 1. Est justum pretium : æstimatio fieri debet ex iis quæ cognoscuntur et cognosci vulgo possunt. 2. Ex contraria opinione sequeretur eum qui ignoranter vendidisset pretio currenti debere restituere, cum esset materialiter injustum : quod nemo admittit. Sequeretur etiam eum qui prævidet pretium brevi augendum, posse vendere nunc majori pretio. Sequeretur tandem eum qui vult vendere magnam frumenti copiam, adeo ut inde minuendum sit pretium, non posse nunc vendere pretio currenti aliquod mo-

dium, etc. 3. Huc afferri potest factum Joseph, de quo in *Genesi*, xli, 34 et seq.

Ad rationes prioris opinionis responderi potest. 1°. Non fundatur æstimatio præcise in errore; quia hic est attendendum, non ad id quod existit, sed ad id quod cognoscitur. 2°. Nihil obligat ad reponendam perfectam inter contrahentes æqualitatem, ut jam observavimus. Error emptoris est accidentalis, et cum ab altero non proveniat, non magis nocet contractui, quam si existeret in utroque. Aliunde boni publici interesse dici potest ut vera admittatur nostra opinio: nam si urbs, v. g., penuria laboret, properabunt venditores, ut lucrum percipiat qui primus adveniet; quod incitamentum in altera opinione non existet. Ita LABRUNIE. Idem observat TROP LONG, t. I, n° 413: Ciceronis doctrina, inquit DELAMARRE, *Contr. de Commission*, t. II, p. 59, industriam et commercium tolleret.

Quædam tamen sunt advertenda. 1°. In facto illius qui sic vendit pretio currenti potest adesse peccatum contra charitatem, ut post plures alios docet P. ANTOINE, q. VII, p. 87, si nempe exinde emptor grave damnum incurrat: ideoque dicunt theologi illum debere non uni omnia, sed pluribus vendere, ne in necessitatem conjiciat. Imo peccaret contra justitiam, si uteretur fraude ad inducendum in errorem, v. g., seducendo testes, vel falsos nuntios spargendo, etc. Ita *Collat. Ambian.*, p. 73. Illud extendit COLLET, n° 129, p. 148, ad eum qui longe vehementius urget emptorem, quia tunc esset causa illius damni: quod tamen stricte loquendo, inquit VERNIER, n° 479 (b), conforme non est principiis, quia instantiæ præcise vim non imponunt. Si interrogatus an pretium minuendum sit, mendaciter neget, docet DE LUGO, n° 145, eum peccare contra justitiam; non vero si interrogatus sileat, vel alio modo responsionem effugiat: non tenetur enim veritatem manifestare, sed tenetur non decipere.

Ita etiam ANTOINE, p. 88, ex communi, ut ait, sententia; BILLUART, p. 175.

2°. Non constat utrum minister vel consiliarius principis, vel magistratus, qui sciunt mox per legem imminuendum fore pretium, possint ea scientia uti ut ante legis promulgationem interim eodem pretio currenti vendant. Negant MOLINA, D. 354, n° 5, SYLVIVS, q. LXXVII, art. III, *ad Postremum*, p. 523, et alii : quia magistratus prospicere tenentur ne suis legibus unus civis præ aliis gravetur; non possunt ergo uti scientia quam vi officii sui acquirunt in suum commodum, cum aliorum damno. Hoc est probabile, ait Billuart, p. 173. Insuper lex debet esse communis omnibus, et pro omnibus æqualis, inquit Molina, qui ideo decisionem suam extendit ad privatum qui notitiam futuræ legis haberet; dum Sylvius eam restringit ad magistratus.

Affirmant tamen DE LUGO, n° 143, et alii : quia non debent esse peioris conditionis quam alii, et in multis aliis non prohibentur uti sua scientia. Hæc opinio nescio quid parum æqui habere videtur, inquit COLLET, n° 124, p. 147, cui libenter assentimur, cum ipso dubitantes an probi nomen, apud ipsos sapientes mundanos, haberet magistratus qui ita ageret. Et vero satis constat ex modo dicendis hunc magistratum teneri ad secretum : porro numquid non dici posset, ut ait VERNIER, n° 479 (b), hunc secretum sibi, ut personæ privatæ, prodere? duplex est persona, publica et privata : ut privatus, vendit et emit; ergo ut magistratus secretum revelavit sibi ut civi, quod injustum videtur.

Sed quidquid sit, certum videtur, 1. eos de quibus agitur peccare contra justitiam, si ea intentione differant promulgationem legis, ut sic vendant; hoc esset abuti sua potestate in detrimentum subditorum. Ita communiter; ipse DE LUGO, n° 143; ANTOINE, p. 88; BILLUART, p. 173; COLLET, p. 147, n° 125, et alii. 2. Peccare



eos, ob eamdem rationem, si notitiam suam amicis suis revelent: tenentur enim ad secretum, nec possunt quibusdam favere in detrimentum aliorum; ita iidem auctores.

Illud autem quod expendunt auctores de casu vix apud nos practico, expendi potest in materia longe frequentioris usus: loqui intendimus de notitia quorundam eventuum, ex quibus certum est, aut valde probabile, imminuendum vel augendum fore pretium censuum publicorum (*des fonds publics*); quæri potest an depositarii auctoritatis publicæ ad quos primum pervenit notitia illa, possint ea uti ad vendendum aut emendum?—Applicanda videntur eadem principia.

3°. Non constat an quod dicitur de venditione, applicari possit locationi, utrum nempe qui, v. g., scientia privata novit eventum ex quo notabiliter imminuendum est pretium locationis domuum, possit domum suam locare pretio nunc currenti?—Negat SYLVIVS, *ibid.*, in fine, quia cum in locatione acquiratur jus successivum, attendendum videtur ad pretium, non tantum præsens, sed etiam pro toto tempore quo duratura est. Alii tamen affirmant, quia nunc emitur jus, et nunc tanti valet. Ita DE LUGO, n° 142; et consentire videntur BILLUART, p. 173, et COLLET, p. 146, n° 122.

699. DCB. II. — Utrum qui invenit inter res communes rem quam ipse privata scientia cognoscit esse valde pretiosam, possit emere pretio communi, v. g., librum, gemmam, herbam in fasciculo?

Hujus quæstionis solutio pendet a multis principiis, et a variis hypothesis quæ fingi possunt.

1°. Si agatur de merce cujus pretium et utilitas fere a nemine cognoscitur, v. g., quia est liber scriptus lingua vix ulli nota, vel herba cujus virtus vix ab ullo cognoscitur, videtur posse emi absque scrupulo, quia tunc nullum

vere pretium habet. Ita admittit COLLET, n° 132, p. 149, 150.

2°. Si sit in loco, ubi pretium non cognoscitur, v. g., agitur de libro in vico ubi nulli sunt rei litterariæ periti, poterit etiam emi: talis est æstimatio communis; idem dicendum quod supra diximus (n° 683) de Europæis apud Indos, etc.: loci incolæ libro hujusmodi uterentur involucri instar; ibi igitur nullum habere censetur pretium.

3°. Si sit in urbe in qua non desunt periti viri qui pretium agnoscant, major est difficultas. Existimat COLLET, p. 149, non posse emi vili pretio, quia pretia rerum determinanda sunt ex æstimatione eorum qui in arte periti sunt: porro licet venditor ignoret pretium rei suæ, non ideo licet minoris emere, ut docent vulgo theologi.

Alii dicunt posse emi. Ita BILLEART, p. 174; DAELMAN, quæst. III, obs. III, p. 224; DENS, n° 33; VERNIER, n° 475 (a): quia eo ipso quod res hujusmodi omnibus indistincte apponitur et ad usus viles destinatur, censetur amisisse pretium intrinsecum, nec amplius æstimatur nisi in novo suo ordine. Ita apprehendunt etiam viri timorati, idque bonæ fortunæ emptoris adscribitur: unde, inquit Daelman, hæc jam in praxi segura videntur, quia nec pii et justi inde sibi scrupulum moverent, ex quorum judicio et æstimatione rerum pretium præcipue taxari solet. Idem fere admittit LABRUNIE. Ratio est, quia liber ille, v. g., eo ipso quod omnibus venalis exponitur, æstimari debet ex communi judicio eorum qui vulgo emunt. Porro illi non æstimant nisi pretio vili. Sed si venditor valoris non omnino ignarus servaret librum solis peritis vendendum, tunc augeretur pretium: idem esset ac quando quis statuit rem asportare in locum ubi pluris valet. Illud in eo nititur quod illi periti veluti ordinem specialem constituent, apud quos multi æstimantur quæ alii vilia reputant: idem igitur dicendum ac de Indis, Americanis, etc.

700. V°. *De MONOPOLIIS.* Monopolium juxta vim nominis significat venditionem unius, seu ab uno factam. Duplex generatim potest distingui : aliud auctoritate publica, aliud auctoritate privata. Prius locum habet, quando princeps uni vel quibusdam concedit privilegium certas merces vendendi, cum exclusione aliorum : posterius vero, quando unus vel plures per modum unius per machinationem et industriam efficiunt ut vel ipsi soli vendant certum genus mercium, vel nonnisi certo pretio vendant. Multiplex autem machinationis et industriæ species ad hunc finem adhiberi potest, ut in decursu dicemus.

I. De monopolio *auctoritate publica.* Certum est et usu omnium receptissimum, inquit DE LUGO, n° 171, posse aliquando principem uni vel quibusdam concedere privilegium exclusivum merces quasdam vendendi. Agnoscunt theologi ex tali privilegio, modo causis justis fundetur, oriri verum jus in gratiam illorum quibus conceditur, nec posse alios juste conqueri. Ad duo autem præcipua capita referri possunt illæ causæ. 1°. Si absque tali privilegio non inveniatur qui velit aliquod genus mercium procurare, propter impensas, difficultates, et pericula subeunda : tunc si boni publici intersit harum mercium venditio, sinit profecto justitia ut per concessionem monopolii obtineatur. Exemplum afferunt communiter auctores in bibliopolis, qui cum libris imprimendis magnos sumptus impendunt, obtinent privilegium ne quis alter eosdem libros intra certum quoddam tempus recudat aut distrahat. Afferunt etiam exemplum inventoris machinæ, vel artificii reipublicæ utilis. Hodie talium privilegiorum legitimitas a multis deducitur ex alio principio, nempe a jure auctoris vel inventoris, de quo diximus in *Tr. de Justitia* (n° 56 et seq.). Sed ex doctrina quæ apud theologos occurrit deduci potest, independenter ab illo jure, posse talium privilegiorum justitiam vindicari. 2°. Si princeps indigeat

propter bonum publicum pecuniis, sæpe hujusmodi privilegia vendit. Est tunc quædam species tributi, quod subditis imponitur : si ergo concurrant variæ conditiones ad tributa ordinaria requisitæ, justa esse poterit talium privilegiorum concessio.

Observant auctores oportere, si agatur de rebus vitæ necessariis, ut pretium a principe taxetur, nec arbitrio monopolæ permittatur, quia posset facile suo privilegio abuti : si vero agatur de iis quæ nonnisi ad luxum, voluptatem, ostentationem inserviunt, facilius potest determinatio pretii æstimationi venditorum relinqui. Ita multi quos citant et sequuntur SALMANTICENSES, n° 52.

701. II. De monopolio *auctoritate privata*. Multi casus fingi possunt, ut jam diximus.

1°. *Si unus vel pauci coemant omnes aut ferme omnes merces cujusdam generis, ut raritatem inducant et sic prohibitu vendant, certum est eos graviter peccare; de iis sic loquitur Catechismus concilii Tridentini, part. III, de VII præcepto, n° XX : « Ex numero eorum qui dicuntur ræpto-  
« res a sanctis patribus, sunt qui in frugum inopia compri-  
« munt frumentum, faciuntque ut sua culpa carior ac du-  
« rior sit annona : quod etiam valet in rebus omnibus ad  
« victum et ad vitam necessariis; ad quos illa Salomonis  
« pertinet execratio : Qui abscondit frumenta, maledicetur.  
« Proverb. XI, 26. »* Sed apertius explicandum est quale præcise peccatum committant.

Si monopolæ merces sic comparatas vendant ultra summum pretium, id est, ultra pretium quod existeret secluso monopolio, eos peccare, non tantum contra charitatem et contra bonum publicum, sed etiam contra justitiam, est sententia communis, teste S. LIGUORI, n° 816, cui contraria sententia videtur minime probabilis. Ratio est, quod injusta sit ea taxatio pretii, quæ fieri non debet ex arbitrio venditoris aut venditorum, sed ex variis

circumstantiis, et præsertim ex copia mercium : cum autem eadem sit copia ac si monopolium factum non fuisset, non debet igitur augeri pretium. Ita DE LUGO, n° 176 ; SALMANTICENSES, n° 44 ; COLLET, n° 396, p. 230 ; *Col-lat. Ambian.*, p. 45 ; HENNO, D. VII, q. 3, p. 344 ; DAELMAN, q. III, obs. IX, p. 242, 243 ; BILLUART, art. XI, p. 197, qui tamen, p. 198, excipit casum quo communiter ignoratur adesse hanc mercium copiam, quia tunc hæc copia non posset concurrere ad taxationem pretii, quod determinatur ex communi cognitione : verum hanc exceptionem non admitteremus ; cum enim ipsi monopolæ in causa sint cur credatur non adesse mercium copiam, non possunt ex hac communi opinione fructum percipere, ut observat VERNIER, n° 492 (b).

Si autem vendant merces tantum summo pretio, major adest difficultas. Eos peccare pariter contra justitiam affirmat sententia communis, inquit DE LUGO, n° 177 : revera plures ex iis quos modo attulimus absque ulla distinctione loquuntur. Alii tamen multi, ut MOLINA, D. 354, n° 10, LESSIUS, l. 2, c. 21, n° 151, quos sequitur DE LUGO, n° 177, et quibus adhæret S. LIGUORI, *ibid.*, docent eos non peccare contra justitiam, quia unusquisque jus habet merces suas vendendi summo pretio. Imo dicunt eos non peccare contra charitatem, si notabile damnum reipublicæ non inferant ; aut saltem, si unus sit qui merces congregaverit et alios non inducat ad carius vendendum, eum excusant, quia non tenetur negligere commodum suum, ut damnum alienum evitet. — Nobis videtur quæstioni præsentī applicanda esse quæ mox dicturi sumus de tertio casu.

Interim hæc observabimus. 1. Non obstant ea quæ diximus ne possint mercatores, honestæ negotiationis causa, merces emere tempore quo viliori pretio emuntur, ut eas servant et vendant tempore quo pluris vendi solent, modo



non inducant raritatem et caritatem. Ita BILLUART, p. 198, 199, et alii : nisi id admitteretur, tolleretur omne commercium.

2. Quidquid sentiatur de quæstione generatim spectata, observat *Collat. Ambianens.*, p. 46, benignius agi posse erga mercatores qui in regionibus extraneis emunt omnes aut fere omnes merces cujusdam generis, usibus humanis non necessarias : reipublicæ enim minoris interest ne mercium hujusmodi pretium augeatur.

702. — 2°. *Si unus aut plures impediane ne aliunde merces advehantur*, videndum quibus viis id efficiant. Si utantur fraude, mendaciis, aut aliis viis injustis, peccant contra justitiam, et tenentur ad restitutionem : tum erga alios mercatores, qui jus habent ne viis injustis impediatur a simili mercatura et lucro ; tum erga concives suos, qui jus habent ne talibus viis cogantur pluris emere quæ alioquin minoris emissent. Si vero neque vim neque fraudem adhibeant, possunt aliquando peccare etiam graviter contra charitatem et utilitatem communem ; sed non peccant contra justitiam, cum libertatem non tollant. Imo possunt non peccare contra charitatem, si non agant nisi ex justa causa, v. g., intuitu honesti lucri ; a fortiori, si intuitu boni communis, cui quandoque expedit ne merces tam vili pretio vendantur, ne venditores fiant impares publicis oneribus solvendis, ut sæpe accidit respectu agricolarum, quando frumenta vilioris venduntur : unde non raro auctoritate publica prohibetur certarum mercium importatio. In his conveniunt auctores.

703. — 3°. *Si pauci vel plures inter se conveniant ut non nisi tali pretio vendant*, distinguendum est. Si ultra summum pretium, nulla est difficultas : certum est apud omnes, ait DE LUGO, n° 172, eos peccare contra justitiam, et teneri ad restitutionem. Pretium enim quod constituunt est injustum ; etenim justum pretium non ex quorundam

cupiditate pendet, sed statuitur vel auctoritate publica, vel communi æstimatione efformata bona fide et sine conspiratione præcedente, attentis variis circumstantiis.

Si tantum pretio summo, multum dissentiunt theologi. Alii dicunt eos peccare contra justitiam. Ita DOM. SOTO, l. VI, q. II, art. III; LAYMAN. l. III, *de Just.*, tr. IV, c. XVII, n° 43; ANTOINE, q. XXI, p. 101; CARD. GERDIL, dicens esse communem sententiam (immerito tamen, ut mox patebit), t. XVIII, c. V, p. 124; HENNO, D. VII, q. III, p. 342; COLLET, n° 385, p. 227; D. BOUVIER, p. 312; LOGEROT, p. 257. Ratio ipsorum est, quod jus habent cives ne cogantur emere summo pretio : porro per tale monopolium coguntur; ibi enim intervenit quædam vis moralis : ac proinde cives per vim deturbantur a suo jure; quod est injustum. Insuper respublica jus habet ne fiant talia monopolia in ejus damnum.

Alii dicunt non esse peccatum contra justitiam. Ita MOLINA, D. 345, n° 6; LESSIUS, n° 145; DE LUGO, n° 172; HAUNOLDUS, n° 276; SALMANTICENSES, n° 56; DAELMAN, q. III, obs. IX, p. 240; BILLUART asserens esse sententiam communiorem, p. 200, item S. LIGUORI, n° 817. Ratio est, quia venditores jus habent non vendendi nisi summo pretio, nec jus habent emptores ad emendum infimo; habent tantum jus ne via injusta cogantur ad eo modo emendum : porro hic non potest probari quod adhibeatur via injusta. Supponitur enim non adhiberi fraudem, minas, aut alia hujus generis; sed fieri tantum inter mercatores conventionem liberam : porro talis conventio non probatur injusta; si enim quilibet mercator possit non vendere nisi summo pretio, quare non posset id cum aliis statuere, vel quare injustus esset qui id ei suaderet?

Cæterum certum est tales monopolas peccare 1°. contra bonum publicum, cui nocent hujusmodi machinationes : unde genus illud monopolii reprobatur a lege; art. 419

codicis Pœnalis. 2°. Eos peccare contra charitatem. Quamvis dubium aliquod esse possit, eo quod nemo teneatur abstinere a proprio lucro justo ut consulat lucro aliorum, attamen ita docet communis sententia, a qua non est recedendum, ait DE LUGO, n° 175, et S. LIGUORI, n° 817. Ratio est, quia quamvis mercator non teneatur vendere infra pretium summum, tenetur non dissuadere aliis: sic v. g., licet non teneatur tali dare eleemosynam, peccarem si alios ab ea danda averterem.

704. Quod diximus de vendentibus applicari debet ementibus qui convenirent de non emendo nisi pretio infimo. Sed insuper communiter applicatur conventionibus initis inter cujusdam certæ speciei artifices; quæ quidem variis modis fieri possunt: v. g., si inter se conveniant de tali pretio exigendo, vel si conveniant ut unus non perficiat opus inceptum ab alio, vel ut non doceant talem artem nisi proprios filios, etc.: item applicatur locatariis qui conveniunt, ut dicitur, *de ne pas se dépointer*, id est, ne unus majus pretium offerat quam alter, etc. Quamvis hæc omnia non sint monopolia stricte dicta, ut advertit MOLINA, D. 354, n° 2, et specialibus pœnis subjiciantur, tum in jure Romano *ibid.*, tum in codice nostro Pœnali, art. 415, attamen ex iisdem principiis de iis judicandum est. Vid. *Collat. Ambianens.*, q. XI, p. 47 et seq.

705. Inquirendum superest, utrum, monopolio semel facto, ratione cujus inductum est pretium quod supponitur injustum, possint alii qui non fuerunt monopolii participes vendere merces suas eo pretio? Primo intuitu videri posset affirmandum; quemadmodum si pretium auctum fuisset propter injustam mercium direptionem, liceret iis qui direptionis participes non fuerunt vendere pretio aucto. Ita non pauci quos citant et sequuntur SALMANTICENSES, n° 57. Alii tamen negant, quia pretium supponitur injustum, ac proinde ad justitiam reducendum: nemo proinde

potest secundum illud vendere. Unde valde differt præsens casus ab exemplo allato, in quo, semel inducta etiam per injustitiam mercium raritate, pretium jam est justum. Ita BILLUART, p. 198; DAELMAN, p. 244; DENS, n° 36 in fine; S. LIGUORI, n° 817 in fine; LOGEROT, p. 267; VERNIER, n° 492 (d). Excipit tamen HABERT, part. III, c. XII, §. v, q. 6°, p. 305, quem sequitur COLLET, n° 384, p. 227, casum quo merces revera propter monopolium raræ factæ essent : ita etiam Logerot, et Vernier, *ibid.*

#### ART. 5. *De obligationibus venditoris.*

706. Is est venditionis scopus, prout ab initio diximus (n° 657), ut rei venditæ dominium transferatur in emptorem. Ut ergo scopus ille attingatur, tenetur venditor præstare ut possit emptor jura domini circa rem venditam exercere, iisque securus frui. Hinc duplex præcipua venditoris obligatio, juxta art. 603 codicis Civilis : traditio, gallice *la délivrance*; assecuratio, gallice *la garantie*. De utraque sigillatim dicemus.

##### § 1. *De traditione rei venditæ.*

707. Per traditionem intelligitur translatio rei venditæ in potestatem et possessionem emptoris; art. 1604. Non ergo sufficit ut res constituatur in mera possessione, seu sub detentione materiali emptoris, nisi constituatur simul sub ejus potestate, ita ut possit de ea pro nutu suo disporre : unde hæc Codicis definitio optime indicat translationem dominii sub jure novo requisitam, ut jam vidimus (n° 657). Vid. etiam TROPLONG, n° 263; DUVERGIER, n° 245.

Tenetur ergo venditor rem tradere, nec posset ab ea obligatione se eximere offerendo compensationem damnorum, prout diximus in prima parte (n° 265), et hic expo-

nunt DURANTON, n° 199, et DUVERGIER, n° 259. Potest igitur emptor a iudice obtinere ut cogatur venditor rem tradere, et, si non tradat, ut sibi liceat eam occupare. Habet proinde actionem personalem contra venditorem. Cum vero, ex antea dictis (n° 267 et seq.), dominium vi contractus etiam ante traditionem adquisierit, videtur habere pariter actionem realem. Hinc ipsius actionem *mixtam* dicendam esse propugnat TROPLONG, n° 262, contra plures qui sentiunt actionem esse tantum personalem contra venditorem, et non esse realem nisi erga tertium qui rem detineret, nec proinde dicendam esse mixtam; vid. DUVERGIER, n° 258, cui respondet TROPLONG, *Louage*, t. 1, n° 170, *Note*.

708. Nunc paucis exponendum est, 1°. quomodo fieri debeat traditio rei; 2°. quo loco et cujus expensis; 3°. quo tempore; 4°. quid includere debeat.

1°. *Quomodo fieri debeat rei traditio*. Principium generale est, ut bene exponit DUVERGIER, n° 246, eo modo faciendam esse traditionem, ut possit emptor omnia sua jura exercere, et ipse venditor non amplius possit erga alios se tanquam adhuc rei dominum gerere. Sed diversus esse potest et debet modus, pro diversa rei tradendæ natura, et pro variis circumstantiis. Hinc apud veteres jurisperitos duplex distinguebatur traditio; *realis*, et *ficta*; hæc autem adhuc multiplex erat, alia nempe *symbolica*, alia *brevi manu*, alia *longa manu*, etc. Vid. POTHIER, n° 313 et seq. Has distinctiones rejecerunt multi e recentioribus jurisperitis, et quidem quandoque acrius, quam justius: vid. TROPLONG, n° 267-271; DUVERGIER, n° 248 et seq. Sed quidquid sit, hæc statuit codex Civilis.

1°. Si agatur *de bonis immobilibus*, venditor satisfacit suæ obligationi tradendo claves, si agatur de ædificio, vel titulos proprietatis; art. 1605. Quamvis ille articulus exprimatur verbis alternativis, dubium non est, ut obser-



vat DUVERGIER, n° 254, quin emptor jus habeat simul ad claves et ad titulos. Per titulos autem non intelligitur tantum instrumentum venditionis, sed instrumenta quibus constat jus venditoris : hæc enim sunt emptori necessaria ut possit alios quoscumque a re empta excludere. Ita TROP-  
LONG, n° 276; DUVERGIER, n° 255.

2°. Si agatur *de bonis mobilibus*, liberatur venditor, vel per traditionem realem; vel tradendo claves ædificii in quo continentur; vel solo consensu, si translatio statim fieri nequeat, vel si jam antea res erat alio titulo penes emptorem; art. 1606. Satis improprie dicitur traditionem fieri solo consensu, ut observat DUVERGIER, n° 251. Sed quidquid sit de modo loquendi, pluris interest observare magnum esse discrimen inter casum quo traditio manualis fieri nequit quia res longe abest a contrahentibus, et alios casus. Scilicet si fiat traditio manualis, si tradantur claves, si res sit jam penes emptorem, iste vere constituitur in possessione reali ad sensum articuli 1141, adeo ut, antep-  
ponendus sit novo emptori cui res vendita pariter fuisset : dum contra quando traditio statim fieri nequit, seu fit per solum consensum juxta verba articuli, emptor non potest dici in possessione erga tertium, ac proinde res tribuetur novo emptori eam vere possidenti. Ita DURANTON, n° 191; TROP-  
LONG, n° 280, 281; DUVERGIER, n° 251-253.

3°. Si demum agatur *de juribus incorporeis*, traditio fit quando emptor a venditore accipit titulos proprietatis, vel jure utitur ex ipsius consensu; art. 1607. Sed advertendum est, quando agitur de juribus aut actionibus erga tertium, non sufficere traditionem titulorum ut emptor vere sit in possessione etiam quoad extraneos, sed requiri ut venditio notificetur illi tertio, prout statuit art. 1690, de quo postea (n° 745). Vid. DUVERGIER, n° 257; TROP-  
LONG, n° 286-287.

Ex his patet codicem Civilem nihil includere ex quo

sancita censeri possit multiplex illa traditionis distinctio quæ olim admittebatur. Quamvis enim art. 1606 loquatur *de traditione reali*, et art. 1141 *de possessione reali*, non inde sequitur admittendam esse traditionem fictam : vid. TROP LONG, n<sup>is</sup> 272 et 280. Legislator parum de verbis sollicitus, rem ipsam in tuto collocare voluit, varia facta indicans per quæ traditio fieri dicenda est, si nolumus cum antiquis dicere per ea suppleri. Sed observant jurisperiti enumerationem quæ legitur art. 1605, 1606, 1607, non habendam esse ut limitativam, neque excludi varios alios modos quibus res a venditore in emptoris potestatem et possessionem transferri posset : solummodo, ubi agitur de mobilibus, ut vim habeat erga tertium, cavendum est ut talis sit ex qua huic tertio apertum fiat dominium jam non remanere penes venditorem. Sic 1. si venditor rem retineat titulo precario, v. g., ut depositarius, ut locatarius, etc., olim dicebatur traditio ficta : hodie dicunt jurisperiti adesse traditionem, sed quæ immerito dicitur ficta. Quidquid sit, hæc non sufficiet quoad mobilia, ut removeatur secundus emptor cui res reipsa foret tradita. Ita pro certo exhibet DUVERGIER, n<sup>o</sup> 253 in fine : ita etiam TROP LONG, n<sup>o</sup> 280, p. 382. Sic 2. quamvis art. 1606, qui statuit non requiri novam traditionem rei jam penes emptorem extantis, non loquatur nisi de mobilibus, applicari potest profecto immobilibus. Sive autem dicatur cum veteribus esse tunc traditionem *brevi manu*, quatenus fingitur depositarium, v. g., rem primum reddere domino qui postea eam reddit titulo venditionis, et sic loco duplicis traditionis una tantum, aut nulla fit, sive dicatur cum TROP LONG, n<sup>o</sup> 278, tunc nullam requiri traditionem, cum jam facta sit, perinde est profecto. Sic 3. etiam quoad mobilia fieri potest traditio per titulorum transmissionem : sed hæc non sufficit contra tertium ; TROP LONG, n<sup>o</sup> 282. Sic 4. si emptor sigillum suum aut insigne rei apponat, adest tra-

ditio omni ex parte sufficiens; TROPLONG, n° 283. Sic 5. quamvis olim multi dicerent traditionem factam per transmissionem clavium, quam *symbolicam* dicebant (non quia claves sunt symbolum rei, sed quia transmissio clavium significat traditionem ipsius rei), quamvis, inquam, multi dicerent hanc non valere nisi fieret apud locum in quo res reperiiebatur, hodie nihil tale exigendum, cum articuli Codicis de ea circumstantia nullam mentionem faciant: TROPLONG, n° 272; DUVERGIER, n° 248. Sic demum 6. traditio quæ fit per ostensionem rei cum facultate data emptori eam occupandi, quæ olim dicebatur *longa manu*, hodie etiam admitti potest; sed in mobilibus vim non habebit erga tertium: DUVERGIER, n° 250, 253.

709. II°. *Quo loco fieri debeat rei venditæ traditio.* Ex art. 1609, traditio fieri debet in loco ubi res erat tempore venditionis, nisi aliter conventum fuerit. Conventio illa potest esse vel expressa, vel tacita; hæc deduci potest vel ex usu locorum, cui standum est, vel ex circumstantiis quæ indicant voluntatem contrahentium. Si agatur de re indeterminata, v. g., de tot mensuris frumenti, præsumitur fuisse in domicilio venditoris, ac proinde ibi tradenda est: aliunde venditor quoad rem est debitor, ac proinde rem indeterminatam non solvere tenetur nisi in proprio domicilio, juxta art. 1247. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 136, et alii.

Quoad *expensas* quæ necessariae esse possunt ut fiat traditio, sic statuit art. 1608. Venditor perferre debet eas quæ spectant ad ipsam traditionem, *la délivrance*; emptor vero eas quæ spectant ad asportationem, *l'enlèvement*, nisi aliter conventum fuerit. Revera cum venditor teneatur tradere, debet rem in eo statu ponere ut possit ab emptore apprehendi: sed cum facta est rei apprehendendæ copia, ut ait DELVINCOURT, *ibid.*, jam cætera spectant ad emptorem. Aliquando satis dubium est ubinam desinat tradi-

tio, et incipiat apprehensio : tunc ratio habenda est consuetudinis locorum, ut observat DUVERGIER, n° 260.

710. III°. *Quonam tempore fieri debeat rei venditæ traditio.* Si tempus determinatum fuerit per conventionem, huic standum est : sin autem, res tradi debet statim ac eam exigit emptor, modo pretium solvat, nisi terminus ei concessus fuerit.

Si venditor rem non tradat tempore præfixo, potest emptor, ex art. 1610, postulare vel resolutionem contractus, vel traditionem rei : sive autem unum, sive alterum postulet, tenebitur venditor, ex art. 1611, compensare damna quæ ex illa mora emptor passus fuerit. Duo tamen casus ab applicatione illarum dispositionum excipiuntur. 1°. Casus vis majoris. Si per venditorem non steterit quin rem tempore præfixo traderet, non adest locus resolutioni venditionis, ut satis indicant postrema verba articuli 1610; nec compensationi damnorum, ut constat ex art. 1148, et ex principiis generalibus quæ hic applicanda sunt. 2°. Si emptor pretium non solvat, et ei concessus non fuerit terminus; art. 1612. Venditor non tenetur rem tradere, nisi quando solvitur pretium; et quidem integrum, quia solutio habetur ut indivisibilis : interim rem servat jure pignoris. Sed si terminus concessus fuerit, res tradi debet : nisi tamen a tempore venditionis emptor bonis cesserit, seu in eum statum inciderit unde serio periclitetur venditor pretium amittere; tunc enim, ex art. 1613, non tenetur rem tradere, nisi emptor sponsorem constituat. Idem dicendum erit licet emptor jam in eo statu versaretur tempore venditionis, si venditor illum ignoraverit. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 137; DURANTON, n° 204; TROP-LONG, n° 315.

711. IV°. *Quid includere debeat rei venditæ traditio.* Ad tria reduci possunt quæ ea de re statuuntur. 1°. Res tradi debet in statu in quo erat tempore venditionis; ab eo die

fructus pertinent ad emptorem; art. 1614. Ratio est, quia per ipsam venditionem dominium transit ad emptorem, ut sæpe diximus. Cum autem exinde sequatur rem emptori deteriore aut meliorem fieri, sensus articuli non est quod venditor teneatur de rei deteriorationibus vel non teneatur de ejus melioramentis; sed tantum quod emptor reponi debeat in statu in quo versaretur, si res statim a venditione ipsi tradita fuisset. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 137. Quoad fructus, docebat POTHIER, n° 47, eos non pertinere ad emptorem nisi post solutum pretium: illudque æquitati consentaneum est, ne scilicet simul habeat fructus rei et usuram pretii. Hodie fructus debentur a die venditionis; sed emptor debet ipse solvere usuram pretii, juxta art. 1652: ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 137; DURANTON, n° 213: vid. etiam TROPLONG, n° 319. Sed nonne satius esset dicere tunc fructus pertinere ad venditorem? De hoc redibit sermo (n° 723, p. 376).

2°. Res tradi debet cum suis accessoriis, et iis quæ destinantur ad ejus usum perpetuum; art. 1615. Variæ traduntur in jure regulæ ex quibus determinetur quibusnam objectis applicetur ille articulus: plures collegit TROPLONG, n° 323. Sed satis merito observat DUVERGIER, n° 275, vix certam regulam tradi posse, quia id multum pendet a variis circumstantiis, ex quibus deduci potest quænam fuerit intentio contrahentium. Ad determinationem inservire poterit art. 525.

3°. Tenetur venditor rem tradere juxta mensuram (*la contenance*) in contractu expressam; art. 1616. Si autem error admissus fuerit, id est, si vera mensura alia sit ac mensura expressa, distinguendum est an venditio facta fuerit ad mensuram, ut dicitur, *à tant la mesure*, an vero ad corpus, pro unico pretio. In priori casu, si venditor non possit tradere mensuram expressam, vel si emptor eam non exigit, minuendum est eadem proportionem pre-



tium; art. 1617 : si vero major sit mensura quam quæ expressa fuit, potest emptor pro nutu suo vel solvere supplementum pretii, vel a contractu resilire, si excessus attingat vigesimam partem mensuræ expressæ; art. 1618. In posteriori casu, non est locus augendi vel minuendi pretium, nisi discrimen attingat vigesimam partem, ratione habita valoris eorum omnium quæ sunt objectum venditionis; art. 1619 : quando autem locus adest augendi pretium, potest emptor vel a contractu resilire, vel solvere supplementum pretii; art. 1620 : si velit resilire, venditor debet ipsi restituere, non solum pretium, sed etiam impensas contractus; art. 1621. Hæc sunt principia : sed eorum applicatio januam aperit multis difficultatibus, de quibus adeantur jurisperiti.

### §. 2. *De assecuratione rei venditæ.*

712. Parum esset quod res a venditore tradita fuisset emptori, si hic non posset eam securus possidere, eaque frui. Hinc venditor tenetur hoc illi præstare, seu aliis verbis, assecurare. Hæc autem assecuratio, ex art. 1625, respicit vel evictionem, vel occultos rei defectus, seu vitia redhibitoria.

#### PUNCTUM 1. *De assecuratione contra evictionem.*

713. Tunc evictio adesse dicitur, quando emptor obligatur ad rem alteri reddendam, nempe vel domino, vel creditori in eam habenti hypothecam; seu quando in ejus possessione ita turbatur, ut jam dici nequeat venditorem rem transtulisse in ejus potestatem, ad sensum articuli 1604. Vid. TROPONG, n<sup>is</sup> 415 et 431; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 309 et seq.

Porro venditorem teneri in eo casu ad assecurandum emptorem, id est, ad præstandum ut rem servare possit, vel ad eum indemnem faciendum, apud omnes constat;

ideo enim tantum pretium accepit. Unde illa obligatio venditoris locum habet absque ulla speciali conventionem, vi solius juris, ut expresse statuitur art. 1626. Est ergo de natura venditionis. Sed est-ne de essentia? — Distinguendum est cum DELVINCOURT, p. 73. Vel agitur de assecuratione contra factum venditoris, vel contra factum alienum. Si agatur de facto venditoris, assecuratio est de essentia venditionis, nec per ullam conventionem tolli posset; art. 1628. Nemo enim potest per conventionem se immunem reddere a præstando dolo et mala fide: porro dolus est, inquit POTHIER, n° 184, si venditor qui factum proprium ignorare nequit, exponat emptorem evictioni quæ ex suo facto oriri potest, nec illud ipsi declaret. Non potest ergo excludi assecuratio contra facta venditione posteriora; et quamvis excludi possit quoad facta quæ præcesserunt, requiritur saltem ut venditor ea nota faciat emptori; alioquin dolose contra illum ageret. Talem esse sensum articuli ostendunt TROPLONG, n° 473 et seq., et DUVERGIER, n° 337. Sed si agatur de facto alieno, assecuratio vulgo dicitur non esse nisi de natura venditionis: potest enim ei derogari per conventionem partium; sive totaliter eam tollendo, sive augendo, id est, stipulando quod venditor ad aliquid amplius obligabitur quam lex statuit, sive minuendo: ita art. 1627. Attamen observat DUVERGIER, n° 331, etiam sub illo respectu non immerito assecurationem dici posse de essentia venditionis: ea enim sublata, tolli videtur substantia venditionis, quæ sic non amplius includeret obligationem transferendi dominium; unde talis conventio alio quam venditionis nomine designanda jure videretur. Quidquid sit, etiamsi conventum fuerit de re nullatenus assecuranda, si tamen fiat evictio, restitui debet pretium a venditore, nisi emptor tempore venditionis cognoverit periculum evictionis, vel emerit proprio periculo; art. 1629. Ratio est, quia pretium datur

pro dominio ; ergo si non transferatur dominium, venditor nullum jus habet in pretium. Actio emptoris ad illud repetendum ea est, inquit DELVINCOURT, *Notes*, p. 146, quæ apud Romanos dicebatur *Condictio sine causa*, vel *Condictio causa data, causa non secuta*. Tunc conventio de re non assecuranda eximit tantum venditorem a compensatione damnorum. Ratio autem exceptionis appositæ per eundem articulum est, quia, quando emptori notum fuit periculum evictionis, merito supponitur pretium imminutum fuisse ratione hujus periculi ; tunc non tam rem ipsam emere voluit, quam jus incertum ad illam, ac proinde adfuit contractus aleatorius : PIGEAU, p. 387 ; DELVINCOURT, *ibid.* ; TROP LONG, n<sup>is</sup> 481, 482 ; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 339.

714. Hoc generali principio posito, breviter exponendum est, 1°. quandonam venditor immunis sit ab obligatione assecurationis ; 2°. quis actionem habeat ad exigendam assecurationem ; 3°. contra quem dirigi possit hæc actio ; 4°. quinam sint illius effectus, sive in casu evictionis totalis, sive evictionis tantum partialis.

I. *Quandonam venditor immunis sit ab obligatione assecurationis.* Præter casum conventionis expressæ mox satis expositum, sunt varii alii casus in quibus non tenetur venditor ad assecurationem. Quosdam indicabimus qui magis conferunt ad intelligentiam principiorum.

1°. Si *causa evictionis nonnisi post venditionem orta sit*, seu, ut accuratius loquitur DUVERGIER, n<sup>o</sup> 314, si jus per cujus exercitium fit evictio non exstiterit ante venditionem, tunc, nisi ea causa oriatur ex facto venditoris, locus non est assecurationi. Cum enim venditor transmiserit jus integrum, omnino satisfecit suæ obligationi : semel autem perfecta venditione, causæ evictionis quæ oriri possunt annumerari debent periculis quæ in emptorem recidunt.

Hinc si tempore venditionis incœpisset præscriptio,

quæ postea completa est et ortum dedit juri ex quo fit evictio, venditor non tenetur assecurare. Jus enim non existit nisi completa præscriptione, ac proinde post venditionem. Aliunde emptor sibi imputare debet quod præscriptionem non interruperit. DUVERGIER, n° 314; TROPLONG, n° 425.

Dixi tamen *Nisi causa oriatur ex facto venditoris*; tunc enim profecto tenetur de eo facto, cum per illud obligationi suæ defuerit. Sic, v. g., si quis domum mihi per actum privatum venditam postea alteri vendat per actum authenticum, tenebitur certe de evictione. TROPLONG, n° 422; DUVERGIER, n° 320.

2°. Si *causa evictionis fuerit emptori declarata*, venditor non tenetur ad assecurationem. Ita deducitur ex postremis verbis art. 1626 : quamvis enim hæc verba non respiciant nisi onera rei annexa quæ dant locum evictioni partiali, eadem ratio militat pro causa evictionis integræ. Et revera declaratio venditoris satis indicat eum nolle assecurare : emptor vero hujus periculi rationem certe habebit in æstimando pretio. Ita DUVERGIER, n° 317; TROPLONG, n° 418. Idem dicendum, si causam evictionis noscat emptor, non ex venditoris declaratione, sed alia via : potuit semper sibi cavere; deduci potest etiam ex art. 1638, 1642. Excipit tamen Troplong hypothecas ortas ex facto venditoris; si enim venditor eas non declaraverit, existimare debuit emptor ipsius intensionem esse eas extinguere solvendo suæ debita, ac proinde existit obligatio assecurationis : sed illam exceptionem non extendit ad hypothecas ex facto possessorum anteriorum ortas; de quo ei non suffragatur DUVERGIER, n° 320. Quidquid sit, certum est non obstare notitiam onerum quin oriatur obligatio assecurationis, si apponatur hujus clausula expressa : TROPLONG, n° 468; DUVERGIER, n° 334.

3°. Si *emptor fiat simul creditor et debitor quoad evictio-*

nem, tollitur obligatio assecurationis. Sic, v. g., domum emi a Petro, et tibi eam vendo : ab ea postmodum evinceris, et recursum habes erga me, sicut et ego erga Petrum. Sed evenit ut sis hæres Petri, ac proinde erga me tenearis : tunc fit inter utramque actionem compensatio. Hinc axioma jam allatum : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. TROPLONG, n<sup>is</sup> 420, 446 ; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 327, post POTHIER, n<sup>o</sup> 89.

Expendunt hic auctores, utrum donatarius venditoris, rem venditam repetens tanquam sibi personaliter propriam, possit ex eodem principio repelli ? — Solutio pendet ab altera quæstione, utrum nempe et quatenus donatarius teneatur de debitis donatoris : si enim teneatur, debebit tanquam personam gerens venditoris emptorem assecurare, nec proinde poterit contra eum agere. Porro hanc quæstionem expendimus supra (n<sup>o</sup> 489). Donatarius universalis omnium bonorum præsentium et futurorum repellitur ab actione, quia personaliter tenetur de obligationibus donatoris : non poterit ergo se ipsum contra hanc exceptionem tueri, nisi abdicando suam qualitatem, seu renunciando donationi. Donatarius autem bonorum præsentium tantum, si habeatur, prout habetur a multis, tanquam causam habens ex titulo particulari, non tenebitur assecurare emptorem tanquam repræsentans personam venditoris, sed solum ratione bonorum quæ detinet : poterit ergo emptorem evincere et rem suam recuperare, sed iste recursum habebit contra ipsum ad obtinendum restitutionem pretii, et compensationem damnorum. Vid. TROPLONG, n<sup>o</sup> 456 ; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 349.

4<sup>o</sup>. Si *per culpam suam se evinci sinat emptor*, non ei debetur assecuratio. Sic ex art. 1640, si in possessione rei turbatus coram iudice, venditorem non advocaverit, et probet venditor se potuisse opponere rationes sufficientes



ad impediendam evictionem, iste liberatur. Vid. TROP-  
LONG, n° 540; DUVERGIER, n° 384.

5°. Demum si venditio fiat auctoritate judiciaria, seu, ut dicitur, *par suite d'expropriation forcée*, videri posset nullum adesse proprie venditorem, nec proinde locum esse assecurationi : et ita reipsa docet TROP-  
LONG, n° 432. Verum observat DUVERGIER, n° 345, detentorem rei qui venditionem novit, eo ipso quod se ut rei dominum ges-  
sit, subjici debere eidem obligationi ac venditorem ordi-  
narium. An vero emptor evictus possit pretium a credito-  
ribus quibus solutum fuit repetere tanquam ex errore  
solutum, non constat. Negant DELVINCOURT, *Notes*,  
p. 144, et DURANTON, n° 266, et t. XIII, n° 686 : sed  
affirmant plerique alii ; DUVERGIER, n° 346 ; TROP-  
LONG, n° 498, ubi alios citat.

715. II. *Quis actionem habeat ad exigendam assecura-  
tionem.* De ipso emptore nulla est difficultas : sed quæstio  
movetur de ejus causam habentibus, seu de illis qui ejus  
vicem tenent. Omnes agnoscunt successores ejus titulo  
universali eamdem habere actionem quam ipse habebat,  
cum ejus personam omnino repræsentent. Sed res non est  
ita aperta quoad successores titulo particulari : v. g., si  
ipse rem alteri vendiderit, vel donaverit aut legaverit, non  
constat an secundus emptor, vel donatarius aut legatarius,  
actionem eamdem habeant.

Juxta POTHIER, n° 97, si emptor vi tituli quo rem al-  
teri transmisit teneatur ipse de evictione, admittenda est  
actio : secus vero, si de evictione non teneatur. Competet  
ergo actio, si rem vendiderit, non autem si donaverit aut  
legaverit. Ratio ipsius est, quia in uno casu ipsius interest  
actio, non vero in altero.

Verum existimamus cum jurisperitis recentioribus,  
etiam in casu donationis admittendam esse actionem. Ita  
DELVINCOURT, *Notes*, p. 141 ; DURANTON, n° 276 ;

TROPLONG, n° 429; DUVERGIER, n° 343. Etenim 1°. etiam admisso principio cui innititur Pothier, dici potest cum Troplong, donatoris vere interesse ut donatio non careat suo effectu : si non intersit pecuniarie, interest quoad affectum. Insuper, ut addit Delvincourt, fieri potest ut debeat alimenta petere a donatario, ut locus sit aliquando revocationi donationis, etc. 2°. Satis mirum esset venditorem liberari a sua obligatione propter donationem factam ab emptore : hæc donatio quoad venditorem est *res inter alios acta*, ac proinde huic prodesse nequit. 3°. Ex una parte, ut ait Delvincourt, cum in jure hodierno pretium detur pro translatione dominii, venditor nullum titulum habet ad illud retinendum. Ex altera, ut ratiocinantur Duranton et Duvergier, donator confert donatario omnia sua jura quoad rem donatam, ac proinde ipsum jus exigendi assecurationem.

Sed quæstio est, utrum quando fuerunt plures emptores aut donatarii successivi, ille qui evincitur teneatur adire suum auctorem immediatum, et sic successive; an vero possit statim adire primum venditorem, aut alium quemlibet ex venditoribus intermediis? — Existimat DELVINCOURT, *Notes*, p. 142 et seq., eum qui evincitur non posse recurrere nisi ad venditorem immediatum : tum quia hic agitur de actione personali; tum quia fieri potuit ut non omnes venditores eodem pretio vendiderint, vel ut quidam ex ipsis pacti fuerint de re non assecuranda; quibus in casibus omnia ad normam justitiæ componi non poterunt, si statim adeatur primus venditor. — Alii tamen docent eum qui evincitur posse adire vel primum venditorem, vel alium ex venditoribus intermediis. Ita DURANTON, n° 275; TROPLONG, n° 437; DUVERGIER, n° 344. Agnoscit Delvincourt eum, utpote creditorem sui venditoris, posse juxta art. 1166 ipsius jura exercere : sed si eo tantum titulo ageret, tunc in casu cessionis bonorum

ejus actio prodesset pariter aliis creditoribus. Sed dicunt mox allati auctores eum posse agere proprio jure. Etenim in eum transmissa sunt cum re jura omnium suorum auctorum, ac proinde potest ea exercere. Solummodo tenebitur adstruere jus eorum quos repræsentat. In eo sensu citantur Domat et Pothier. Sed agnoscendum est quæstionem non carere difficultate, nec satis aperte explicare auctores allatos, quomodo res componendæ sint in variis casibus de quibus loquitur Delvincourt. Quædam eâ de re occurrent infra (n° 717), ubi expendemus quale pretium refundendum sit a venditore in casu evictionis, quando plures fuerunt emptores successivi et diverso pretio.

716. III. *Contra quem dirigi debeat actio ad obtinendam assecurationem?* Si venditor plures reliquerit hæredes, difficultas est contra quem emptor possit aut debeat dirigere actionem, id est, utrum et quatenus illa actio sit indivisibilis? — Juxta POTHIER, n<sup>is</sup> 104, 105, assecuratio quatenus includit obligationem defendendi, seu præcavendi evictionem est indivisibilis; unde emptor potest agere contra quemlibet ex hæredibus, et quilibet tenetur eum defendere in totum: sed si præcaveri nequeat evictio, et locus sit restitutioni pretii, damnorum, etc., juxta mox dicenda, quilibet ex hæredibus non tenetur nisi pro sua parte. Ita etiam DELVINCOURT, *Notes*, p. 144: unde, ut post plures alios ait DURANTON, n° 277, actio indivisibilis est *quoad petitionem*, divisibilis *quoad damnationem*. Attamen in adæquata totius quæstionis solutione non omnino concordant jurisperiti recentiores: vid. TROPLONG, n° 438 et seq.; DUVERGIER, n° 355; DURANTON, t. XI, n<sup>is</sup> 264, 265, et t. XVI, n° 255. Cæterum omnes suadent emptori ut recurrat simul ad omnes hæredes: si enim unum solum adeat, et iste in judicio vincatur, sibi tantum vincitur, et non aliis qui non fuerunt vocati, et sunt

in integro statu defendendi; ac proinde tenebitur ad alios recursum habere.

717. IV. *De effectu assecurationis in casu evictionis integre*. Objectum immediatum et primævum obligationis illud est quod vocat POTHIER, n° 103, *factum defendendi*: id est, tenetur venditor causam emptoris suscipere, ad impediendam evictionem; seipsum enim obligavit, ut vidimus, ad rem illi transferendam. Si autem non possit evictionem impedire, tenetur emptorem præstare indemnem: et ideo plura debet restituere, ex art. 1630.

1°. *Pretium*. Sed quale? Hæc ea de re statui possunt.

1. Licet rei valor interim imminutus fuerit, pretium restitui debet integrum; art. 1631. Ratio est quia, cum resolvatur venditio, nullum titulum pretii servandi habet venditor: et quamvis imminutio oriretur ex facto vel negligentia emptoris, hic valet axioma juris: *Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est*. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 148; DURANTON, n° 284; TROPLONG, n° 488, 489; DUVERGIER, n° 357-359. Excipitur tantum casus quo fructum percepit emptor ex ea imminutione, v. g., vendendo ea quæ ex domo diruta superfuerunt, vendendo arbores (*une futaie*), vel alia percipiendo: tunc venditor potest in eadem proportionem minuere restitutionem, art. 1632: alioquin emptor bis reciperet restitutionem pretii quoad aliquam partem; debet quidem indemnitas servari, sed non ditior fieri. DURANTON, n° 285, 286; TROPLONG, n° 491-493; DUVERGIER, n° 360. Sed illud videtur indigere explicatione. Si emptor evictus aliquid ex rei imminutione perceperit, debet illud restituere domino rei, quia est vere res illius in æquivalenti: ergo nil obstat quin integrum pretium ipse recipiat a venditore. Restrungenda ergo est exceptio ad casum quo non debet id quod recepit domino restituere, v. g., in casibus

quos affert POTHIER, n<sup>ls</sup> 119, 120, si nempe venditor jam aliquid restituerit emptori propter defectum mensuræ, si agatur de meliorationibus factis a venditore, pro quibus rei dominus aliquid refundere debet si supersint, et nihil repetere potest si emptor eas abstulerit.

2. Si contra valor rei auctus sit etiam sine facto emptoris, jus habet ad pretium proportionatum augmento; art. 1633. Ratio est quia, si venditor rei dominium transulisset, quemadmodum transferre tenebatur, emptori nunc prodesset illud augmentum; ergo venditor est causa injusta cur nunc illo careat; ergo debet illum indemnem servare, seu augmentum solvere emptori, non per modum restitutionis pretii, sed titulo compensationis. Unde mirum non est, prout explicat DELVINCOURT, *Notes*, p. 148, cur augmentum valoris noceat venditori, dum illius imminutio ipsi non prodest. Ait tamen POTHIER, n° 132, in casu augmenti prorsus extraordinarii et non prævisi, v. g., propter inventionem fodinæ, apertionem viæ publicæ, etc., venditorem non teneri refundere pretium integrum, sed proportionatum summo quod prævideri moraliter potuerit augmento. Idem admittit DUVERGIER, n° 369, et confirmat ex art. 1150, ex quo non debetur compensatio nisi damnorum quæ prævideri potuerunt. Verum docent TOULLIER, t. VI, n° 285, et DURANTON, t. XVI, n° 295, hanc exceptionem stare non posse cum art. 1633, qui est omnino absolutus: in eumdem sensum inclinatur TROPLONG, n° 507, quamvis agnoscat alteram opinionem esse æquitati magis consentaneam. Cum emptor, ut ait PIGEAU, p. 389, censeatur erga venditorem esse dominus rei, res ipsi crescit; ac proinde non videmus cur ipse pati deberet amissionem lucri illius.

3. Si res pluries vendita fuerit, et non semper eodem pretio, ex dictis sequitur primum venditorem teneri, si pretium maximum solutum fuerit ab ultimo emptore



evicto, totum ipsi refundere, licet ipse minus receperit. Ita post Curiam supremam TROPLONG, n<sup>is</sup> 495 et 506, et ROGRON, ad art. 1626. Sed si emptor evictus minus pretium solverit, quamvis dicere videatur POTHIER, n<sup>o</sup> 148, ipsum posse, utpote fruente[m] juribus suorum auctorum, adire eum qui maximum pretium recepit, totumque ab ipso repetere, statuendum est eum non posse repetere nisi pretium quod solvit, quia ipsius venditor immediatus ad aliud non se obligavit. Ita TROPLONG, n<sup>is</sup> 496, 497; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 371.

2°. Venditor debet restituere sumptus contractus, *les frais et loyaux coûts*; art. 1630; id est, ea quæ emptor solvere debuit pro confectione contractus.

3°. *Fructus*, quando emptor eos restituit domino; art. 1630 : debet autem illos reipsa restituere a die quo fuit malæ fidei, vel ad minimum, a die quo facta est petitio, prout explicatum est in *Tr. de Justitia* (n<sup>o</sup> 1056).

4°. *Sumptus pro intentanda actione* sive emptoris, sive domini; art. 1630. Actio domini rem repetentis vocatur *demande originaire*; actio vero emptoris erga venditorem ut rem assecuret dicitur *demande en garantie*. Quoad priorem, non debet venditor sumptus qui soli emptori tribui debent : v. g., quia venditor, si monitus fuisset, litem non sustinisset; vel quia reipsa noluit sustinere, et sustinere voluit emptor. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 147, et alii.

5°. *Damna* quæ patitur emptor; art. 1630. Illa compensatio damnorum distinguenda est a restitutione pretii, ut modo dicebamus, et agnoscunt hodie omnes jurisperiti : vid. TROPLONG, n<sup>o</sup> 503; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 358. Complectitur autem tum augmentum pretii, sensu mox exposito; tum impensas, de quibus modo. Sed non debetur illa compensatio, si emptor cognoverit rem non esse venditoris; art. 1599 : DELVINCOURT, *Notes*, p. 147; TROPLONG, n<sup>o</sup> 511. Cæterum quoad alias quæstiones quæ hic oriri

possunt, recurrendum est, juxta art. 1639, ad ea quæ dicta sunt in prima parte *de Compensatione damnorum* (n° 273 et seq.).

6°. Venditor tenetur compensare *impensas* factas ab emptore. *Impensæ utiles* aut *necessariæ* debentur, sive venditor bonæ vel malæ fidei fuerit; art. 1634 : sed non eas debet venditor, nisi quatenus non solvuntur a domino rem suam recuperante : non potest enim emptor earum compensationem bis recipere. Porro ex art. 555, si valoris augmentum superet vel non attingat pretium impensarum per quas obtentum fuit, dominus potest eligere, et solvere vel augmentum valoris, vel pretium impensarum, prout diximus in *Tr. de Justitia* (n° 1060). Venditor autem debet restituere emptori juxta augmentum valoris, et nihil amplius : id est, si augmentum illud superet pretium impensarum, dominus non refundet nisi impensas, et venditor tenebitur refundere quod deest ut emptor recipiat totum valorem rei, quia ex dictis, ex art. 1633, ad illum jus habet; si contra impensæ superaverint augmentum valoris quod refundet dominus rei, nihil debebit venditor, quia emptor vere non amittit nisi valorem, et impensas jam antea amiserat. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 147; DURANTON, n° 297; TROPLONG, n<sup>is</sup> 509, 510; DUVERGIER, n° 368.

Quoad vero impensas *voluptuarias*, eas non debet venditor, nisi quando fuit malæ fidei; art. 1635 : quando enim fuit bonæ fidei, æquum non est ut fortuna ipsius dilabatur propter impensas quas inconsulto facere potuit emptor. Si tamen ipse emptor fuerit malæ fidei, sciens rem esse alienam, cum jus non habeat ad compensationem damnorum, non poterit repetere impensas voluptuarias etiam a venditore malæ fidei, nisi iste expresse assecuraverit, vel promiserit se obtenturum consensum domini. Ita DURANTON, n° 298.

718. V. *De effectu assecurationis in casu evictionis partialis*. Distinguendum est : vel pars de qua evincitur emptor talis est, ut absque ea rem emere nolisset, vel non.

In priori casu, potest petere dissolutionem venditionis; art. 1636 : tunc habet eadem jura de quibus mox diximus.

In posteriori casu, non potest venditionem dissolvere : solummodo quoad partem de qua evincitur, habet jura de quibus mox locuti sumus; cum hoc tamen discrimine. Valor ei solvitur pro æstimatione rei tempore evictionis, non vero proportionem habita pretii integri, sive valor auctus, sive imminutus sit; art. 1637. Quando valor auctus est, nulla est difficultas; eadem enim occurrit ratio ac in casu evictionis integræ. Sed quando imminutus est, non ita facile percipitur cur non idem quoque statuatur. Equidem quando penes emptorem est venditionem dissolvere, illud facile explicatur, quia, ut observat PIGEAU, p. 391, si non dissolvat, signum est id ei utilius esse. Sed quando non habet facultatem dissolvendi, videretur idem esse dicendum ac in casu evictionis integræ, et ita sentiebat POTHIER, n° 139 et seq. Ut difficultatem illam tollat, ait DELVINCOURT, *Notes*, p. 149, et DURANTON, n° 300, articulum 1637 non esse applicandum, si pars cujus fit evictio sit indivisa; v. g., si sit quarta pars rei, ipsis videtur inconcussum restituendam esse quartam partem pretii soluti, *condictione sine causa*, ut dicitur in jure. Si vero sit pars determinata, v. g., si emptor decem jugerum evincatur de tribus designatis, tunc recurrendum non est ad pretium venditionis, quia illa tria possunt vel pluris vel minoris valere quam alia; et in eo casu tantum applicandus est art. 1637.

Verum propugnat TROPLONG, n<sup>is</sup> 517, 518, hanc explicationem seu distinctionem nequaquam conciliari posse cum art. 1637, qui est omnino absolutus; et aliunde non valere rationem pro posteriori casu allatam, quia in æsti-

mando valore partis evictæ proportionate ad pretium integrum, non omittebant veteres jurisperiti observare attendendum esse ad qualitatem hujus partis : unde concludit præfatum articulum omni fundamento destitui. Sed observat DUVERGIER, n° 374, et satis merito, ut videtur, hujus rationem asserri posse satis validam. In casu de quo agitur, venditio non resolvitur; dici igitur potest non præcise restitui partem pretii, sed tantum deberi compensationem damni quod patitur emptor : porro damnum illud est præcise valor rei tempore evictionis. Cæterum, ut advertit idem auctor, n° 375, istud est hujus articuli commodum, quod præcidat plures quæstiones valde implicatas, quibus olim locus erat, ut videri potest apud ipsum TROPLONG, n° 519 et seq.

Quæ statuuntur de evictione partiali, applicantur, art. 1638, casui quo fundus venditus gravabatur servitutibus non apparentibus, quæ non fuerunt declaratæ : si talis sint momenti, ut locus sit præsumendi emptorem non initurum fuisse contractum si eas agnovisset, potest postulare resolutionem contractus, nisi malit postulare tantum indemnitatem : quæ quidem indemnitas determinabitur ex regula quam statuit art. 1637, ut bene ostendit DUVERGIER, n° 381.

PUNCT. 2. *De assecuratione rei contra defectus, seu vitia.*

719. Ut venditor obligationi suæ satisfaciatur, satis non est rem venditam tradi emptori qui eam securus possideat : requiritur ut possit ea uti, ac proinde ut res non inficiatur defectibus seu vitiis quæ eam redderent fini ad quem destinatur non aptam. Hinc obligatio venditori imposita assecurandi emptorem sub isto secundo respectu. Hæc tamen obligatio non potest extendi ad quoscumque defectus; alioquin vix ullum commercium stare posset. Hinc lex eam non sancit nisi quoad vitia quæ dicuntur *redhibitoria*, et

ex quibus nascitur actio quæ eodem nomine designatur; si ea de causa venditio dissolvatur, hæc dissolutio vocatur *redhibitio* : *Redhibere*, (ut dicitur l. 21, ff., XXI, 1, *de Ædilitio edicto*), *est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit; et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio*. Sed fieri potest ut, etiam quando lex redhibitionem non permittit, læsa sit nihilominus conscientia : unde sub utroque respectu, seu quoad utrumque forum quæstio est investiganda.

Theologi vulgo distinguunt triplex vitiorum genus : alia versantur circa rei substantiam, ut si vendatur aurichalcum pro auro, vitrum pro gemma; alia circa quantitatem; alia demum circa qualitatem.

720. I°. De defectibus *circa substantiam*. Defectus illi, si eos non agnoverit emptor, reddunt contractum irritum, ut intelligitur ex dictis *de Errore*. Et advertendum est cum BILLUART, D. III, art. v, p. 163, non spectari tantum substantiam physicam, sed moralem, id est, rationem habendam esse usus et utilitatis ex re percipiendæ.

Utrum autem et quatenus venditor peccet et teneatur ad restitutionem, determinandum est ex principiis generalibus.

721. II°. De defectibus *circa quantitatem*. Exinde non invalidus ordinarie efficitur contractus, quia plerumque error non redundat in substantiam. Aliquando tamen emptori tribuitur facultas resiliendi a contractu, ut supra dictum est (n° 711).

Sed facile intelligitur venditorem qui circa quantitatem decipit peccare et injustitiam committere. Nemo nescit quantum S. Scriptura detestetur eos qui utuntur mensuris aut ponderibus dolosis. Difficultas esse potest tantum pro casu quo venditor ita minuit pretium, ut, etiam detrahendo quantitati, rem non pluris vendat quam valet. De hoc casu ista statui possunt.



1°. Venditor peccat et injustitiam committit erga emptorem. Nam inter eos intercedit conventio de tali mensura aut pondere, ex qua emptor jus strictum habet : igitur si venditor minuat, peccat contra justitiam, non quia non dat mercem commensuratam pretio, sed quia non satisfacit conventioni, ut jam antea diximus (n° 688). Ita BILLUART, p. 166.

2°. Ut determinetur an venditor in eo casu teneatur ad restitutionem erga emptorem, et quomodo, res sub duplici respectu consideranda est. 1. Quoad consensum ab emptore contractui datum. Si dolus dederit positive causam contractui, erit rescindibilis ad nutum emptoris, juxta principia posita ubi *de Dolo* (n° 64). 2. Quoad violationem juris. Distinguendum est. Si res non vendatur, etiam posito dolo, nisi infimo pretio, non aderit obligatio restituendi, quia venditor damnum non intulit; et signum est tunc eum coactum fuisse ad vendendum infra justum pretium. Ergo potest se liberare ab ea injustitia et consulere suæ indemnitati. Id admittit BILLUART, p. 166. Si vero res vendatur supra infimum pretium, licet non ultra summum, debet restituere : quia vi conventionis emptor jus habebat ad rem consequendam tali pretio; ergo si excedatur, ipsi damnum infertur. Ita BILLUART, p. 146.

3°. Si venditor ea fraude alliciat emptores et avertat ab aliis venditoribus, compensare tenetur damnum istis illatum, quia unusquisque habet jus strictum ne vi vel dolo impediatur a lucro sperato et parato, juxta ea quæ in *Tr. de Justitia* diximus, ubi *de Eo qui impedit alium a consecutione boni*. Ita etiam BILLUART, art. III, p. 146.

722. III°. De defectibus *circa qualitatem*. De his potissimum hic agitur. Possunt esse multiplicis generis, et diversæ fingi possunt hypotheses. Loquemur primum de iis de quibus statuit jus civile.

I. De vitiis REDHIBITORIIS. 1°. *Quænam sint*. Eo nomine

designantur vitia occulta, emptori ignota, quæ tempore venditionis aderant, quæque rei usum ad quem empta est impediunt, aut ita minuunt, ut emptor eam non emisset vel minoris emisset, si horum notitiam habuisset: ita art. 1641. Hinc deduci potest quid generatim requiratur ut vitium haberi debeat tanquam redhibitorium.

Dicimus 1. *Vitia*, id est, aliquid inhærens substantiæ rei, et non meram absentiam alicujus qualitatis: v. g., si quædam tabula picta non eum auctorem habeat cui tribuitur, non potest dici vitium; vid. DUVERGIER, n° 390: neque si rei desit mensura aut quantitas, vel si adsit aliquod onus, seu servitus; TROPLONG, t. II, n° 559; ROGRON, ad art. 1641.

2. *Occulta*, quia si vitium sit apparens, et potuerit ab emptore agnosci, emptor de eo non tenetur; art. 1642: præsumitur eum cognovisse, et pretium ideo imminuisse. Sed ex allato articulo deducit DURANTON, n° 310, non sufficere ut vitium sit apparens, nisi emptor potuerit illud advertere: unde si ematur res non in præsentia, vel si non possit accurate expendi, vitium censeri potest occultum. Inter vitia occulta vulgo recensent auctores, si pannus sit perforatus (*des trous dans une étoffe*): sed immerito, juxta DUVERGIER, n° 391, quia tale vitium est inspicienti apparens. Cæterum agnoscit ipse posse nihilominus sæpe venditorem de eo teneri vi conditionis tacitæ.

3. *Emptori ignota*, quia si emptor ea cognoverit vel ex declaratione venditoris, vel alia via, jam conqueri nequit: præsumitur pretium fuisse proportionate imminutum. DURANTON, n° 311; DUVERGIER, n° 392.

4. *Quæ tempore venditionis aderant*, quia si post peractam venditionem tantum superveniant, cum res jam pertineat ad emptorem, in illum recidunt, nec proinde venditor potest de iis teneri. DURANTON, n° 313.

5. *Quæ rei usum*, modo prorsus generali: quamvis enim doceat DURANTON, n° 317, actionem redhibitoriam locum

habere non posse quoad bona immobilia, et agnoscant alii eam locum habere præsertim quoad mobilia, simul propugnant admitti posse etiam quoad immobilia: DELVIN COURT, *Notes*, p. 151; TROPLONG, n° 548; DUVERGIER, n° 396.

6. *Quæ usum impediunt*, etc. : facile concipitur redhibitioni locum esse debere, quando res apta non est ad usum intentum, vel quando vitium tale est ut emptor eo cognito empturus non fuisset; sed si empturus fuisset, minori tantum pretio, mirum videri potest ipsi aliud jus concedi quam obtinendi imminutionem pretii, quemadmodum, ex art. 1638, conceditur quando fundus venditus gravatur servitutibus non apparentibus : et revera, juxta DURANTON, n° 320, doctores satis communiter non aliud jus tribuebant. Attamen omnino aperta est juris novi dispositio, art. 1641 et 1644. Si isti articuli non referrentur nisi ad bona mobilia, facile dici posset cum eodem auctore ideo in iis aliquid diversum statui ac in art. 1638, quia difficilius admittitur rescissio contractuum ubi de immobilibus quam ubi de mobilibus. Sed satis est dicere cum DELVIN COURT, *Notes*, p. 151, et TROPLONG, n° 567, potuisse jus latius concedi emptori in casu vitiorum quæ ipsam rem attingunt, quam in casu servitutis quæ est aliquid omnino extrinsecum. Neque videtur jus illud pendere ab arbitrio judicis, ut supponit Delvincourt : art. 1644 illud omnino relinquit arbitrio emptoris, ut observat DUVERGIER, n° 397, *Note*.

Hæc est igitur notio generalis vitiorum quæ haberi debent ut redhibitoria : sed in codice Civili hæc non potuerunt in specie designari. Ex mente legislatoris, et ex art. 1648 deducebant auctores standum esse ea de re consuetudini in variis provinciis receptæ : vid. DURANTON, n° 315; DUVERGIER, n° 395. Sed per legem latam 20 maii 1838 statutum fuit quænam vitia haberi debeant ut redhi-

bitoria in venditione animalium domesticorum, ubi frequentius applicanda occurrunt principia.

723. — 2°. *Quodnam jus competat emptori quoad vitia redhibitoria.* Ex art. 1644, potest emptor pro nutu suo vel rem reddere et restitutionem pretii petere, vel rem servare et partem pretii recuperare juxta æstimationem peritorum: prior actio dicitur *redhibitoria*; posterior in jure Romano dicebatur *quantum minoris*, vel juxta alios *quanto minoris*. Potest igitur emptor inter utramque eligere: sed si quoad unam causa ceciderit, non potest ad alteram recurrere; TOULLIER, t. x, n° 163; DURANTON, n° 328; TROPLONG, n° 581; DUVERGIER, n° 409. Verum ex art. 2 legis 20 maii 1838, actio *quantum minoris* non conceditur in venditione aut permutatione animalium domesticorum de quibus ibi agitur.

Ex jure quod competit emptori facile deducitur quænam sit obligatio venditoris. Quædam observare sufficiat.

1. Venditor tenetur de vitiis redhibitoriis, sive ea cognoverit, sive ignoraverit; art. 1643. Unde intelligitur ipsius obligationem non oriri tantum ex injuria emptori illata, sed esse quasi partem conventionis: nihil igitur obstat quin emptor jure suo uti possit in conscientia.

Duplex tamen adest discrimen inter venditorem bonæ, et malæ fidei. Prior potest ab illa obligatione se eximere per stipulationem contrariam; art. 1643: quod posteriori non conceditur, ut advertunt omnes auctores; DELVINCOURT, *Notes*, p. 152; TROPLONG, n° 560; DUVERGIER, n° 400. Deinde venditor bonæ fidei tenetur tantum restituere emptori pretium rei, et sumptus quos venditionis causa pertulit; art. 1646: venditor autem malæ fidei tenetur insuper compensare omnia damna emptori illata. Censetur vero malæ fidei, licet vitia non certo cognoverit, si tenebatur ea cognoscere ratione sui officii, vel si habuerit rationes ea saltem suspicandi et satis diligenter non inquisierit. Vid. TROPLONG, n° 573, 574.

2. Si res vendita perierit, videndum quomodo perierit. Si perierit ex vitiis, interitus recidit in venditorem, qui tenetur restituere pretium, et damna compensare sensu mox exposito; art. 1647. Si perierit casu fortuito, perit emptori, ex eodem articulo. Idem a fortiori dicendum, si perierit culpa emptoris. Aliter ex jure Romano sentiebat POTHIER, n<sup>is</sup> 220, 221, juxta quem emptor potest nihilominus repetere pretium, deducendo tantum valorem quem res haberet, si exstaret: eventus enim subsequens non debet venditorem liberare. Idem hodie dici posse supponere videntur MALEVILLE, ad art. 1647, et TROPLONG, n<sup>o</sup> 568. Verum alii judicant nimis apertam esse dispositionem articuli 1647, ut possit ita restringi; DURANTON, n<sup>o</sup> 326; DELVINCOURT, *Notes*, p. 152; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 414: in eo niti videtur hæc dispositio, quod in eo casu vitium non nocuerit emptori, siquidem eodem modo res peritura fuisset, etiam vitio carens. Observant illi auctores hanc dispositionem esse magis in praxi facilem, quia difficile æstimaretur res quæ periit. Sed simul agnoscunt eam esse æquitati minus consentaneam: sine causa enim venditor retinet pretium integrum, cui par non erat valor rei quam tradidit; unde hæc decisio parum concordat cum art. 1631, ex quo in casu evictionis venditor restituit pretium integrum, etiamsi valor imminutus fuisset quando evictio locum habuit.

Inter hæc, si art. 1647 explicari non posse videatur in eo sensu quod res pereat emptori tantum quatenus non potest repetere verum ejus pretium, sed solummodo partem proportionatam imminutioni quæ facienda fuisset ratione vitiorum (*la moins-value que les vices cachés donnoient à la chose*), saltem dicendum nobis videtur venditorem qui fuit malæ fidei omnino teneri in conscientia ad restitutionem hujusce partis: eam enim obligationem incurrit per suam injustitiam, nec potest postea ab ea per legem eximi.



3. Actio orta ex vitiis redhibitoriis proponi debet brevi mora, secundum naturam vitiorum, et usum locorum ubi venditio locum habuit; art. 1648. Sed ex lege 20 maii 1838, art. 3, conceditur modo generali et pro quocumque loco, mora triginta dierum quoad tres vitiorum species ibi designatas; et novem tantum quoad cætera. Si autem interim animal moriatur, statuit art. 7 venditorem non exinde obligari, nisi probet emptor ipsum interiisse ex vitio redhibitorio: sic dirimitur controversia quæ inter jurisperitos vigeat, et de qua vid. TROPLONG, n° 569; DUVERGIER, n° 405. Sed cum illa lex non respiciat nisi vitia redhibitoria animalium domesticorum, in aliis casibus recurrendum semper ad consuetudinem locorum.

4. Illa actio non conceditur in venditionibus quæ fiunt auctoritate judiciaria; art. 1649: in his minus timendæ sunt fraudes; et aliunde sæpe hujusmodi venditiones fiunt infimo pretio; et ordinarie cum magnis sumptibus, adeo ut intersit eas facile non irritari. Sed ea dispositio non applicatur venditionibus quæ voluntarie fiunt, etiam cum formis judiciariis: venditor in eo casu eodem modo tenetur de vitiis, ac in venditionibus ordinariis. Ita communiter auctores: PIGEAU, p. 393; DUVERGIER, n° 409.

5. Quando redhibitio fit, *Omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque venditio intercesserit*, l. 60, ff., XXI, 1, de *Ædilit. edicto*. Quemadmodum ergo venditor reddit pretium, sumptus, etc., sensu exposito ubi de *Evictione* (n° 717), ita emptor reddit rem, vel quod ex ea superest si ex vitio interierit, cum illius accessoriis seu incrementis. Venditor debet restituere interesse pretii, emptor vero fructus rei; neque potest venditor exigere ut inter utrumque compensatio fiat, ex iudicio Curiae supremæ, quod indicat DUVERGIER, n° 410: ait tamen TROPLONG, n° 571 in fine, in Galliis hanc compensationem semper fieri. Emptor tenetur etiam erga venditorem de deteriorationibus quas res per

suam culpam aut negligentiam experiri potuit. Hinc, ut observant auctores, ubi agitur de evictione longe melior est conditio emptoris, pejor autem venditoris, quam ubi de vitiis redhibitoriis : ratio præcipua, juxta illos, hæc est, quod venditor multo facilius excusari possit in posteriori casu, quam in priori. Vid. DUVERGIER, n° 411 ; TROP-LONG, n° 572.

724. II. *De vitiis NON REDHIBITORIIS.* De iis nihil statuit jus civile, ac proinde per se nulli actioni dant locum. Sed, ut jam diximus, fieri potest ut venditor nihilominus erga emptorem in conscientia obligetur : quod nunc exponendum est.

1°. *Si venditor dolo utatur* ad decipiendum emptorem, sitque per hunc dolum causa emptionis, contractus est rescindibilis ad nutum decepti, ut jam diximus, ubi *de Dolo* (n° 64).

Sed difficultas est, quandonam venditor censeatur adhibere dolum? Id facere potest dupliciter, inquit BILLUART, art. v, p. 167 : positive, et negative. *Positive*, verbis et factis. *Verbis*, quando mendaciis conatur occultare vitia suæ mercis : non quidem si generaliter extollat mercem suam, id enim commune est vendentibus, nec emptores decipit; sed si asserat non habere hunc defectum. *Factis*, si arte quam dicunt mangonium (*maquignonnage*) faciat ut merces suæ meliores quam sint appareant : v. g., si guttulam mercurii in auribus equi infundat ut non segnis appareat, si grana selectiora reponat in summitate sacci, si lanam reposuerit in loco madido, et sexcenta alia quæ cupiditas lucri adinvenit. Quod tamen intelligendum, modo dolus non sit communis, nec emptoribus notus, alioquin non censentur illo decipi : sicut omnibus notum est mercatores solere aliquantulum fucare merces suas, et meliora exterius apponere. *Negative* autem dolum adhibet, qui non aperit defectus rei suæ quando tenetur aperire. Sed

quæstio est, utrum et quando teneatur aperire, extra casum vitii redhibitorii, de quo jam dictum est? Hanc solvemus in sequentibus.

1. Vitia rei *manifesta*, quæcumque sint, nullam actionem dant emptori in foro externo, ut vidimus; quia merito præsumitur emptorem ea advertere. Si tamen de facto videat venditor ea ab emptore non deprehendi præ simplicitate, inadvertentia, etc., debet eum monere, quando talia sunt vitia ut, si occulta essent, deberent manifestari. Fatentur omnes, inquit BILLUART, art. VI, p. 170, ad id teneri ex charitate. An autem etiam ex iustitia, non constat. Alii negant, quia damnum sibi imputare debet emptor. Alii affirmant, et satis probabiliter: quia licet vitium sit in se manifestum, est respectu illius emptoris occultum, ac proinde militant eædem rationes ac in casu vitii occulti. Ita BILLUART, *ibid.*; *Collat. Ambian.*, p. 61, saltem pro casu quo emptor non posset advertere, ut si esset cæcus aut debilis visu; COLLET, n<sup>is</sup> 221, 222, p. 176; *Theolog. Tolosan.*, p. 480.

2. Si *emptor interroget*, tenetur venditor manifestare vitia, præsertim occulta. Est communis sententia doctorum, inquit LESSIUS, l. 2, c. 21, n<sup>o</sup> 86. Alioquin emptorem injuste deciperet: nam emptor habet jus cognoscendi rem quam vult emere, et ut ei secundum veritatem respondeatur; idque bona fides in contractibus servanda postulat.

Si respondeat venditor se nolle rem vendere nisi qualis est, excusari forsitan aliquando posset, quia satis indicat adesse aliquod vitium. Sed si multa vitia enumeret quibus res evidenter caret, et inter hæc recenseat illud quo vere laborat, sicque illud dissimulet, est aperta fraus nociva emptori. Ita DE LUGO, D. XXVI, n<sup>o</sup> 133; BILLUART, p. 168; COLLET, n<sup>o</sup> 207, p. 172.

3. Extra hos casus, id est, si vitia non sint redhibito-

ria, nec venditor interrogetur, docent communiter auctores post S. THOMAM, 2. 2, q. LXXVII, art. III, eum non teneri manifestare vitia suæ rei. Dummodo enim pretium sit valori rei proportionatum, de quo mox, jam nullum emptori infertur damnum, aut injuria. Et alias non possent conservari commercia in republica. Nam si defectus omnes non notabiles in se, nec relate ad usum emptoris, detegerentur, multi ab emendo deterrerentur in magnum venditorum detrimentum, quia non possent vendere merces defectuosas quas necessario aliquando acquirunt acervatim emendo: aut saltem emptor plus vellet subtrahi de pretio quam esset subtrahendum, sicque forent continuæ contentiones. Habet igitur venditor justam rationem tacendi hos defectus, ut nempe consulat indemnitati suæ.

Hanc S. Thomæ et theologorum doctrinam improbat POTHIER, n° 233-237, quia ut servetur in contractu æqualitas, necessarium est ut venditor et emptor æqualiter rem cognoscant, sicque habeant eandem libertatem ad deliberandum et agendum. — Verum nihil ostendit requiri perfectam æqualitatem: æqualitas non requiritur nisi moraliter, id est, quantum necessarium est et patitur securitas commercii, ut observat COLLET, n° 212, p. 174. Unde utramque opinionem expendens TROPLONG, t. I, n° 413, non immerito ait: « Je crois que S. Thomas est mieux  
« entré dans la réalité de la vie pratique, et dans les con-  
« victions de l'humanité. »

Attamen si venditor prævideat emptorem, ignorantem rei defectus, eam forte revenditurum majori pretio quam valeat, vel voliturum servare diutius, quam servari queat, etc., debet eum, saltem peracta venditione, monere: quia, inquit P. ANTOINE, q. xv, p. 95, hoc ipso quod rem suam exponit venalem cum occulto vitio, teneatur ex officii sui lege cavere ex parte sua, ne quis inde damnum patiatur. Ita etiam post Sylvium, *Collat. Am-*

*bianens.*, p. 63, 64; BILLUART, p. 169; COLLET, n° 213, p. 174.

725. — 2°. *Si venditor rei defectuosæ non minuat pretium*, sed eodem pretio vendat ac si esset integra ac perfecta, peccat, saltem plerumque, contra justitiam, et tenetur ad restitutionem. Esto enim quod non teneatur declarare vitia rei, saltem non debet violare æqualitatem in contractu: porro violatur illa æqualitas, si vendat supra justum pretium, ex antea dictis. Sed illud magis explicandum est.

1. Si sciens venditor rem suam esse defectuosam, nihil tamen de pretio minuat, lædit justitiam, quia defectus vere minuit valorem rei. Si tamen sic vendens non excedat summum pretium, non videtur injustitiam committere: nisi tamen per fraudem pretium illud obtineat, ut antea dictum est (n° 688). Unde si mentiatur asserendo rem carere tali defectu, et sic summum pretium obtineat, reus est injustitiæ: sed si solummodo reticeat, quando ex dictis declarare non tenetur, dici nequit obtinere per viam injustam.

2. Qui ex ignorantia inculcata vendit rem defectuosam ut integram, non peccat nisi materialiter; sed ubi id resciverit, tenetur damnum recompensare emptori, quia fecit inæqualitatem, cum ipse habeat plus quam debet habere, et emptor minus.

Excipiendum tamen, si declaraverit se nolle suscipere periculum defectus; quia tunc emptor illud in se suscipit, nec proinde postea habet aliquid repetendum a venditore: solummodo ex hac ratione debet aliquid detrahi pretio, cum onus periculi impositum emptori sit pretio æstimabile. Ita BILLUART, p. 163; COLLET, p. 177, n° 226.

3. Si res habens defectum sit æque bona et æque valeat ac res aliæ ejusdem speciei quæ communiter venduntur, non videtur injustum eam vendere eodem pretio quo aliæ



venduntur. Ita DE LUGO, D. XXVI, n<sup>is</sup> 67, 68; BILLUART, p. 164, dicens hanc opinionem esse communioem; *Collat. Ambian.*, p. 57: nec abnuit COLLET, n<sup>o</sup> 217, p. 175. Ratio est, quia venditor in eo casu nec damnum nec injuriam facit emptori, cum vendat illi rem ejusdem bonitatis, valoris et utilitatis ad usus humanos, ac eam quam ab aliis emeret. Unde si adsit quædam fraus, non est nociva emptori. Eam decisionem applicant frumento cui immiscentur aut secale, aut paleæ et alia ejusmodi; vino cui admiscetur aqua (in qua tamen nonnulli dicunt conditionem vix unquam posse verificari), vel cui admiscetur aliud vinum deterius. Porro, inquiunt, si vendentes non possint suæ indemnitati consulere nisi per hanc mixtionem, quia eorum frumentum aut vinum est qualitatis longe superioris, vel quia alii omnes mercatores ita vendere solent, injuriam non committunt.

Dixi *Non videtur injustum*, quia communiter est illicitum, nisi fiat ex causa rationabili: id enim bonæ fidei et securitati commercii repugnat; nec congruit ut mercatores constituentur judices in propria causa, quia inde multi sequerentur abusus. Insuper illud odiosum est reipublicæ: unde Facultas Parisiensis, an. 1665, hanc propositionem damnavit, ap. COLLET, *ibid.*: « Licitum est tabernariis  
« vinum aqua miscere, et agricolis triticum paleis, et com-  
« muni pretio vendere, dummodo deteriora non reddantur  
« eis quæ communiter venduntur. » Et in codice Pœnali, art. 475 – 6°, multis plectuntur qui vendunt potiones adulteratas. Tunc ergo solum arbitramur, ait BILLUART, p. 165, licere absque ullo peccato merces adulterare, et adulteratas ut communes vendere, quando certo constat æquivalere communibus ad omnes usus quos intendit emens, et dominus non potest eas justo pretio vendere, ita ut non possit indemnitati suæ consulere nisi aliquid vilius immiscendo usque ad æquipollentiam communium.

ART. 6. *De obligationibus emptoris.*

726. Præcipua obligatio emptoris respicit solutionem pretii; art. 1650. Sunt quædam aliæ obligationes accessoriæ, præsertim rem tollendi tempore præfixo, vel, deficiente conventionione, per usum locorum determinato; de his duabus obligationibus sigillatim dicemus.

I°. *De SOLUTIONE PRETII.* Quemadmodum venditor tenetur rem tradere, ita emptor pretium solvere. Hæc solutio fieri debet loco et tempore præfixis; et si nihil conventum fuerit, loco et tempore quo res traditur, vel tradi debebat; art. 1650, 1651: vid. quæ diximus ubi *de Solutione* (n<sup>is</sup> 409, 410). Diximus autem hic *Vel tradi debebat*, quia si res casu fortuito perierit, non ideo liberatur emptor a pretio solvendo, prout jam diximus (n° 436), et observat DELVINCOURT, *Notes*, p. 153. Quæ autem nunc addenda habemus, ad tria capita reduci possunt: 1°. de interesse debito donec solutum fuerit pretium; 2°. de causis ex quibus suspendi potest solutio; 3°. de resolutione venditionis ob pretium non solutum.

727. I. *De interesse pretii non soluti.* Emptor tenetur solvere auctuarium seu interesse, in triplici casu per art. 1652 designato.

1°. Si ita conventum fuerit tempore venditionis. Sed si venditori concessus fuerit terminus ad rem tradendam, auctuarium non debetur nisi a die traditionis: æquum non est ut venditor re fruatur, et tamen jus habeat ad auctuarium; requireretur saltem conventio omnino expressa, ut tale jus ipsi tribueretur. Ita DURANTON, n° 336; TROP-LONG, n° 601.

2°. Si res vendita et tradita sit frugifera. Æquum non est ut emptor fruatur simul re frugifera, et illius pretio. Hinc observant jurisperiti hanc dispositionem fuisse admissam etiam in jure canonico, quo tam rigide prohibe-

ART. VI. DE OBLIGATION. EMPTORIS QUOAD PRETIUM. 383  
tur omnis usura. Facile intelligitur, ut observant DURANTON, n° 339, TROPLONG, n° 603, et DUVERGIER, n° 419, auctuarium ex ea ratione non deberi nisi a tempore quo res emptori tradita est. Sed ea semel tradita, etiamsi per accidens res aliquamdiu fructus non producat, vel producat minores quam expectabat emptor, non ideo eximitur in jure nostro ab auctuario solvendo : voluit legislator hujusmodi discussiones remove; unde est quasi conventio aleatoria. Ita TROPLONG, n° 602; DUVERGIER, n° 419.

3°. Si emptor sit in mora solvendi pretium. Scilicet extra duos casus mox expositos, non debetur auctuarium nisi postquam emptor constitutus est in mora solvendi. Sed ad illud sufficit mera interpellatio (*une sommation*), nec requiritur interpellatio judiciaria ad sensum articuli 1153, cui proinde derogat quoad præsentem casum art. 1652. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 155; DURANTON, n° 341; DUVERGIER, n° 423.

Tales sunt juris hodierni dispositiones. Quid vero dicendum, si in contractu terminus expresse concessus fuerit emptori, et nulla inita fuerit conventio de auctuario quando agitur de re fructifera, vel inita fuerit tantum conventio generalis quando de re non fructifera : debetur-ne auctuarium a die contractus? — Duplex, ut patet, supponitur casus.

1. In casu rei frugiferæ, docet POTHIER, n° 286, asserens esse decisionem communem, auctuarium non deberi : quia præsumendum est pretium fuisse auctum eo quod emptori concessa fuerit fruitio rei, et terminus ad solvendum pretium; ac proinde si deberet auctuarium, bis solveret : quod si id dubium dicatur, in dubio favendum est emptori, ut vidimus (n° 662). Idem hodie tenet DELVINCOURT, *Notes*, p. 155 : qui tamen monet aliud dicendum, si nonnisi post contractum initum terminus concessus fuerit; quia non militat eadem ratio. Verum alii

docent auctuarium nihilominus deberi. Ita BERNARDI, editor tractatus Pothier; MALEVILLE, ad art. 1652; DURANTON, n° 340; TROPLONG, n° 599; DUVERGIER, n° 420. Ratio est, quia ex una parte art. 1652 est omnino generalis: imo applicari debet præsertim casui quem expendimus; quando enim terminus non fuit concessus, si pretium non statim solvatur, facile potest venditor obtinere auctuarium emptorem interpellando juxta tertiam dispositionem articuli, ac proinde necessaria non erat pro isto casu dispositio secunda: ex altera parte, nihil ostendit ordinario augeri pretium ratione dilationis seu termini; in consueto enim paciscendi modo, dilatio illa, non per pretium ipsum, sed per auctuarium compensatur.

2. In casu *rei non frugiferæ*, auctuarium non debetur nisi de eo conventum fuerit. Sed si conventio inita fuerit tantum modo generali, et determinatum non fuerit utrum auctuarium solvendum foret ante elapsum terminum emptori concessum, videri posset non solvendum nisi ab elapso termino, non vero a die contractus; si nempe supponeretur auctum fuisse pretium ratione dilationis. Verum hic applicari possunt magna ex parte quæ mox attulimus: si auctuarium non fuisset solvendum nisi ab elapso termino, opus non erat stipulatione; supponi enim non debuit emptorem non esse soluturum ad terminum, et non ignorabat venditor in eo casu obtinendum fore jus ad auctuarium per simplicem interpellationem. Ita DURANTON, n° 337.

Cæterum quid in variis illis casibus tenendum sit pro foro conscientiæ, opportunius expendetur ubi *de Usura*.

728. II. *De causis ex quibus suspendi potest solutio*. Si emptor perturbetur, vel habeat justam causam metuendi perturbationem in rei possessione per evictionem, aut actionem hypothecariam, potest suspendere solutionem pretii, donec sublata fuerit hæc perturbationis causa; art. 1653. Cum venditor in eo casu obligationem suam

non impleverit, nec ipse emptor suam implere tenetur: pretium retinet quasi in securitatem sui juris. Interim tamen tenetur solvere auctuarium, cum non debeat re simul et pretio frui: si velit ab auctuario se liberare, debet, ut dicitur, *Consigner le prix*. Ita DURANTON, n° 353; TROP-  
LONG, n° 611. Si vero jam pretium solverit, non potest restitutionem postulare, donec evictio locum habuerit, secundum ante dicta: TROP-  
LONG, n° 614; DUVERGIER, n° 430.

Potest tamen venditor hanc solutionis suspensionem impedire, si conventum fuerit pretium solvendum fore, non obstante perturbatione, vel si sponsorem seu fidejussorem constituat; art. 1653. In priori casu, standum profecto conventioni; in posteriori, jam securus efficitur emptor, sicque nihil obstat quin solvere possit. (Quomodo autem hæc ultima dispositio concilietur cum nullitate venditionis rei alienæ, antea vidimus, n° 671.) Sed etiam constituendo fidejussorem non poterit venditor cogere emptorem ad solvendum, si iste velit causam perturbationis tollere, v. g., solvendo creditoribus hypothecariis. Vid. TROP-  
LONG, n° 619. Tandem renascetur obligatio solvendi, quocumque modo tollatur causa perturbationis, prout circa evictionem diximus (n° 672). TROP-  
LONG, n° 615: DU-  
VERGIER, n° 428.

729. III. *De resolutione venditionis ob pretium non solutum.*

1°. *Quandonam locum habeat.* Ex art. 1654, si emptor pretium non solvat, potest venditor postulare resolutionem venditionis. Facultas illa consecrarium est principii quod statuit art. 1184, ex quo conditio resolutoria subintelligitur in contractibus bilateralibus pro casu quo alter e contrahentibus non satisfacit suæ obligationi. Competit autem soli venditori: neque enim æquum est ut possit emptor contractum dissolvere non solvendo pretium: TROP-  
LONG, n° 644; DUVERGIER, n° 432. Locum habet



in qualibet venditione, non solum immobilium, sed etiam mobilium, et in materia commercii : art. enim 1654 est omnino generalis ; cumque in eo non adhibeatur distinctio inter mobilia et immobilia, quæ in articulis sequentibus occurrit, satis patet sumendum esse in sua generalitate. Ita TROPLONG, n° 645 ; DUVERGIER, n° 436. Tandem locum habere potest quamdiu pretium integrum non fuit solutum ; TROPLONG, n° 642 ; DUVERGIER, n° 450. Quid vero, si pretium consistat in censu sive vitalitio, sive perpetuo ? Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 156 ; DURANTON, n<sup>is</sup> 370, 371 ; TROPLONG, n° 647-649 ; DUVERGIER, n° 451.

2°. *Quomodo locum habeat resolutio.* Dicitur in art. 1654 *Venditorem posse postulare resolutionem*, quia conditio hæc tacita effectum suum non producit pleno jure, ut deducitur etiam ex art. 1184, sicque differt a conditione expressa de qua art. 1183, prout in prima parte diximus (n° 342). Illud tamen aliqua explicatione indiget. Aliud occurrit in lege quoad immobilia, aliud quoad mobilia. 1. Quoad *immobilia*, quando venditor recurrit ad judicem, debet hic statim pronuntiare resolutionem, si adsit periculum amitendi simul rem et pretium : si non adsit tale periculum, potest emptori concedere terminum ; quo elapso sine solutione pretii, pronuntiabitur resolutio. Ita art. 1655. Ex ultimis verbis concludunt DURANTON, n° 373, et DUVERGIER, n° 437, semel elapso termino non posse emptorem impedire resolutionem, etiam solvendo pretium antequam judex pronuntiaverit : apertus illis videtur prædictorum verborum sensus. E contrario concludit DELVINCOURT, *Notes*, p. 157, resolutionem non fieri pleno jure, ac proinde usque ad sententiam emptorem posse solvere. Saltem agnoscunt omnes non posse a judice novam dilationem concedi. Si autem expresse conventum fuerit ut resolutio locum haberet pleno jure, requiritur tamen et

sufficit ut emptor constituatur in mora per interpellationem; art. 1656. Hoc est pactum quod dicebatur *legis commissoriae*, de quo agemus in art. seq. (n° 741). 2. Quoad *mobilia*, asserebat PORTALIS, motiva legis exponens (*Code et Motifs*, t. VI, p. 17, 18), venditionem resolvi pleno jure et sine interpellatione, quia tanta est in pretio eorum variatio, ut vel ex minima mora grave damnum sæpe inferendum esset. Idem ait DELVINCOURT, *Notes*, p. 157. Dicunt tamen TROPLONG, n° 665, et DUVERGIER, n° 436, etiam in isto casu resolutionem non fieri pleno jure : quamvis enim de mobilibus non loquatur art. 1656, hic non valet argumentum *a contrario* : art. 1654 exigit modo generali ut *postuletur* nullitas, et vim suam servat art. 1184, qui est omnino generalis. Agnoscunt tamen nunquam, aut rarissime, concedi posse dilationem, sive quia ordinarie adest periculum amittendi rem et pretium, sive ob variationem pretii.

Cæterum ex judicio Curiae supremæ, 10 martii 1836, deduci potest resolutionem posse fieri absque interventu judicis, si consentiat emptor solvere non valens; eamque tunc eosdem effectus producere erga tertios, ac si a judice pronuntiata foret. Vid. ROGRON et BOILEUX, ad art. 1654.

730. — 3°. *De effectibus resolutionis*. Per hanc *intervenditorem et emptorem* res reponuntur in eodem statu ac ante venditionem. Hinc fructus debent ab emptore restitui, prout diximus (n° 343), et docent hic jurisperiti : DURANTON, n° 366; TROPLONG, n° 652; DUVERGIER, n° 452. Sed si venditor receperit partem pretii, debet hanc restituere, et quidem cum auctuario : alioquin res non reducerentur in pristinum statum : ita iidem, et præsertim DUVERGIER, n° 453, 454. Res redit ad venditorem libera ab oneribus quæ ei potuerunt imponi, ut diximus *ibid.* TROPLONG, n° 651; DURANTON, n° 365; DUVERGIER, n° 440. Imo si locus sit, potest emptor obligari ad

compensanda damna venditori illata, sive per deteriorationem rei ortam ex culpa vel negligentia emptoris, sive ex ipsa transgressione obligationis quam emptor contraxerat. Hi sunt ergo effectus resolutionis inter ipsos contrahentes.

Sed *si res ad alios transierit*, non est eodem prorsus modo ratiocinandum. Novus enim rei detentor potuit in bona fide versari; et quidem etiamsi non ignoraret pretium non fuisse solutum, quia credere potuit et debuit emptorem esse soluturum; neque titulus resolubilis habendus est ut titulus vitiosus. Non tenebitur ergo ad restitutionem fructuum, nec ad compensandas deteriorationes; poterit præscribere per possessionem decem aut viginti annorum, etc. Vid. DUVERGIER, n° 455 et seq.; DURANTON, n° 364; TROP LONG, n° 662. Imo si agatur de mobilibus, novus detentor bonæ fidei nihil sæpe timendum habebit ex resolutione venditionis, ut intelligitur ex pluries dictis; DUVERGIER, n° 439. Sed quando detentori novo non competunt hujusmodi exceptiones, jus suum etiam erga illum exercere potest venditor.

Igitur venditor actionem habet sive erga emptorem, sive erga tertium detentorem. Sed quomodo hæc actio exerceri debeat, id est, coram quonam tribunali, an prius erga emptorem et postea erga tertium, an vero erga utrumque simul, non omnino constat inter jurisperitos. Illud pendet ex natura illius actionis, circa quam sunt divisi, quemadmodum circa actionem in casu læsionis (n° 685), et ad obtinendam rei traditionem (n° 707). Hanc dicendam esse mixtam fuse propugnat TROP LONG, n° 624-637. Contra propugnat DUVERGIER, n° 467, hanc esse personalem, si dirigatur contra emptorem; realem vero, si contra tertium detentorem. Cæterum quidquid sit de ipsa controversiæ substantia, constat prudenter facturum venditorem, si erga utrumque simul agat. Si enim nonnisi contra emptorem judicium obtineat, non ideo statim rem

vindicare poterit a tertio detentore, qui allegare poterit in sui gratiam varias exceptionis causas. Si vero directe agat contra tertium detentorem, nisi isti in contractu quo rem acquisivit impositum fuerit onus pretium solvendi primo venditori, actionem repellat donec proferatur iudicium quo constet de resolutione primæ venditionis propter pretium non solutum. DUVERGIER, n° 466; TROPLONG, n° 633, 634.

731. II°. *De obligatione REM EMPTAM TOLLENDI.* Hæc est secunda emptoris obligatio. Si de tempore quo debet rem tollere, seu, ut dicitur, *prendre livraison*, conventio inita sit, huic standum est: si nulla sit conventio, res statim tollenda est, nisi per consuetudinem locorum concedatur aliqua mora; quando enim adest consuetudo recepta, juxta ipsam pacisci voluisse censentur contrahentes: TROPLONG, n° 675; DUVERGIER, n° 468.

Si emptor desit suæ obligationi, jam venditor 1°. non amplius tenetur ad rei custodiam: potest, ex art. 1264, a iudice obtinere ut res alibi custodienda deponatur. Si in ea servanda impensas bona fide fecerit, poterit eas ab emptore repetere. 2°. Potest petere compensationem damnorum, si quædam passus sit, v. g., quia impeditus fuit frui suis horreis, cellariis, etc. 3°. Tandem, si agatur de bonis mobilibus, potestolvere venditionem. Scilicet 1. si de termino conventum fuerit, hoc elapso nec re ablata, pleno jure et absque ulla interpellatione resolvitur venditio; art. 1657. Sed illud statuitur in gratiam solius venditoris, non vero emptoris. Ita statutum fuit, quia ex una parte cum venditor penes se rem retineat, non opus est sententia; ex altera parte, ipsius interest ut possit statim disponere de re cujus pretium brevissimo temporis spatio mutari potest. 2. Si nulla fuerit conventio, sed tempus determinetur per receptam consuetudinem, ait TROPLONG, n° 678, eo elapso resolutionem fieri pariter absque

ulla interpellatione. 3. Si demum nec per conventionem, nec per consuetudinem determinatio facta fuerit, debet venditor interpellationem facere assignando terminum. Eo autem elapso, quamvis doceat DURANTON, n° 383, recurrendum fore ad sententiam judicis, quia hic non applicatur art. 1657, ac proinde vim suam servat art. 1184, dicunt TROPLONG, n° 679, et DUVERGIER, n° 474, resolutionem fieri pleno jure quemadmodum in casu conventionis expressæ, cum ex art. 1139 idem operetur interpellatio ac conventio expressa.

Dixi *Si agatur de bonis mobilibus*, quia agnoscunt auctores non applicari art. 1657 bonis immobilibus, sive quia non urget eadem ratio, sive quia difficilius resolvuntur horum venditiones: DUVERGIER, n° 472. Sed non constat an resolutio illa locum habeat pleno jure in materia commercii. Negat PARDESSUS, t. II, n° 288: item MALEVILLE ad illum articulum; DUVERGIER, n° 475: quia ita agnitum fuit in concilio Status, ideoque sublata est vox *marchandises*, quæ primum scripta fuerat. Sed strenue affirmat TROPLONG, n° 680: quia falsum est quod dicebatur in concilio Status, scilicet talem non esse usum commercii; aliunde in commercio præsertim expedit ut venditor in suspenso non maneat. Ita judicavit Curia suprema, 27 februar. 1828. Sed juxta DELAMARRE et LE POITVIN, *Tr. du Contr. de commission*, t. I, n° 363, p. 646, constans est commercii consuetudo in sensu prioris opinionis.

ART. 7. *De quibusdam peculiaribus venditionis speciebus.*

732. De præcipuis tantum hic dicemus, nempe 1°. de venditione cum pacto redimendi; 2°. de venditione jurium incorporeorum; 3°. de autione publica, gallice *vente aux enchères*; 4°. de venditione per proxenetas.



§. 1. *De venditione cum pacto redimendi.*

733. Eo nomine designatur venditio qua venditor sibi reservat facultatem rem suam intra quoddam tempus recuperandi, restituendo pretium, solvendo sumptus, et resarciendo damna secuta. Ita art. 1659. Hujus definitionis singula verba explicanda sunt.

Dicitur 1°. *Venditio qua*, quia in ipsa venditione includi debet illud pactum: si fieret per actum posteriorem, haberetur ut nova venditio, quæ non tolleret effectus ortos inter priorem et novam venditionem, v. g., hypothecas creditoribus emptoris concessas, et quæ locum daret novo tributo pro mutatione solvendo. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 157; DURANTON, t. XVI, n° 390; TROPLONG, t. II, n° 694; DUVERGIER, t. II, n° 8.

2°. *Venditor*, quia lex civilis non versatur nisi circa pactum quod adjicitur in gratiam venditoris: attamen posset adjici in gratiam emptoris, vel utriusque; quid de eo sentiendum infra (n° 735) exponemus.

3°. *Sibi reservat*; qua voce non intelligitur facultatem restringi ad personam venditoris: agnoscunt enim jurisperiti eam transire ad hæredes, nisi aliud expresse conventum fuerit: imo potest venditor jus suum alteri cedere; sed si iste jus redimendi exerceat, reputatur nova venditio, pro qua tributum est solvendum: idem est ac si primus venditor facultate sua usus bonum alteri postea transmisisset. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 158; PIGEAU, p. 398; DURANTON, n° 407.

4°. *Reservat Facultatem*, quia venditor non se obligat ad utendum jure suo.

5°. *Recuperandi*, quia non agitur, ut olim multi sentiebant, de novo venditionis contractu, sed tantum de recuperatione rei: unde observant jurisperiti satis accurata

non esse verba quæ adhiberi solent, *Rachat, Rémeré*, etc. Vid. DUVERGIER, n° 7.

6°. *Intra quoddam tempus*. Illa facultas potest statui pro tempore determinato, vel indefinito. Sed in nullo casu potest extendi ultra quinquennium; art. 1660. Motivum hujus dispositionis fuit ne dominia diutius manerent incerta : unde est quodam modo ordinis publici, ut ait DELVINCOURT, *Notes*, p. 159. Existimat tamen DUVERGIER, n° 19, satius futurum fuisse ut longior mora permitteretur.

7°. *Rem suam*, quia hæc facultas rem ipsam censetur attingere, non præcise emptorem : unde potest exerceri erga secundum emptorem, licet de ea non facta fuerit mentio in secundo contractu; art. 1664. Si tamen ageretur de re mobili, quod fieri posse agnoscunt jurisperiti cum nihil obstet in jure, nec facultas illa restringatur ad immobilia quemadmodum restringitur per art. 1674 in casu læsionis, idem dici non posset ob dispositionem articuli 2279. DELVINCOURT, *Notes*, p. 158; TROPLONG, n° 730.

8°. *Restituendo pretium, solvendo sumptus* quos emptor propter venditionem pertulit; quia res reponi debent in eodem statu in quo essent, si locum non habuisset venditio, ut mox dicemus.

734. His prænotatis, expendendum habemus 1°. utrum licita sit hujusmodi venditio; 2°. quænam sit propria illius natura; 3°. et 4°. quænam sint obligationes sive venditoris, sive emptoris, quando exercetur redimendi facultas : 5°. nonnulla addemus de quibusdam aliis pactis quæ cum isto magnam habent connexionem.

I°. *An LICITA SIT venditio cum pacto redimendi*. Hæc statui possunt.

I. *Licita est venditio cum pacto redimendi in gratiam solius venditoris*.

*Prob.* Afferunt hic vulgo theologi textum *Levatici*, xxv,

29, 30, in quo hujusmodi contractus non solum approbatur, sed et in quibusdam casibus præcipitur. Verum juxta DE LUGO, D. XXVI, n° 184, infirma est hæc probatio, cum fructus interim ex possessione percepti computandi essent in partem pretii : unde quidquid ibi statuitur habendum est ut dispositio juris positivi, in eo fundata quod possessiones essent quodammodo inalienabiles, et anno jubilæi redirent ad pristinos dominos. Sed quidquid sit, satis constat assertio : talis enim venditio in jure civili expresse admittitur, et nihil aliunde habet quod juri naturali adversetur ; modo enim servantur conditiones mox afferendæ, servatur æqualitas in contractu, nec læditur justitia.

Conditiones illæ sunt, 1°. ut minuatur pretium rei. Ita omnes exigunt, teste DE LUGO, n° 189. Ratio est, quia cum illa facultas sit onus emptori impositum, et pretio æstimabile, compensari debet per pretii imminutionem. Quanta vero debeat esse imminutio, non convenit inter auctores : alii quarta parte, alii etiam tertia pretium minui volunt ; alii melius hoc determinandum relinquunt judicio prudentum pro variis circumstantiis, habita præsertim ratione termini præfixi, et consuetudinis in regione receptæ. Ita DE LUGO, *ibid.*

2°. Requiritur ut adsit voluntas sincera vendendi et emendi ; alioquin non esset contractus venditionis, ut patet. Porro facile evenire potest ut desit illa voluntas : aliquando enim ea via adhibetur ut occultetur mutuum usurarium ; tunc idem est ac si emptor mutuo daret venditori summam pecuniæ, ea conditione ut interim percipiat fructus fundi in pignus dati. Jam vero ille contractus, qui dicitur pignoratitius, gallice *contrat pignoratif*, usurarius communiter habetur, ut infra videbimus. Quamdiu usura jure civili prohibita fuit, tribunalia eum irritabant, quando detegere poterant ex variis circumstantiis, v. g., ex vili-

tate pretii, ex eo quod fundus relinqueretur venditori titulo locationis, etc. Ex quo permissum fuit per legem civilem exigere auctuarium ex mutuo, non adest idem motivum recurrendi ad illud medium : et si quis ad illud recurrat, præsumi potest sub illa specie dissimulari lucrum quod excedat taxationem legis. Docent autem auctores etiam hodie irritum declarari debere hunc contractum, ex art. 2078, 2088 : de quo postea, ubi de *Pignore*. Vid. DELVIN COURT, *Notes*, p. 158 ; DURANTON, n<sup>is</sup> 430, 431 ; TROPLONG, n<sup>o</sup> 695 ; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 11 ; CHARDON, *du Dol*, t. III, n<sup>o</sup> 507 et seq., ubi propugnat satius futurum fuisse pactum illud redimendi non admittere. Reipsa juxta TROPLONG, n<sup>o</sup> 692, quamvis in provinciis Galliæ meridionalibus ad illud pactum non raro recurrant viri probi ut vitent incommoda regiminis hypothecarii quod moribus harum provinciarum parum receptum est, aliud locum habet in provinciis septentrionalibus, ubi melius perspectum est regimen hypothecarium ; in his sub pacto redimendi plerumque occultatur mutuum usurarium.

735. II. *Venditio cum pacto redimendi in gratiam emptoris, licet absolute possit esse licita, est tamen valde periculosa, nec ideo in praxi facile admittenda.*

*Prob. 1<sup>a</sup> pars.* In rigore videtur adesse posse vera emptio, qua emptor acquirit rei dominium et subit ejus periculum, licet onus imponatur venditori eam redimendi. Attamen propter hoc onus res debet emi pluris quam absolute secundum se valeat. Ita BILLUART, art. x, p. 192 ; DE LUGO, n<sup>o</sup> 200, et alii quos citat et sequitur LEOTARDUS, *de Usuris*, quæst. xv, n<sup>o</sup> 16 et seq.; et est communissima opinio, juxta S. LIGUORI, l. 3, n<sup>o</sup> 813.

*Prob. 2<sup>a</sup> pars.* Sub hujusmodi contractus specie facile occultari potest usura, cum idem fere obtineatur effectus, ut attendenti facile patebit. Nec tanti est momenti generatim periculum rei immobilis, ut æstimari queat et ab

illo pacto usurarios remove. Hinc plerumque in hujusmodi contractu deest vera voluntas vendendi et emendi : quid enim aliud intendit emptor, hanc facultatem sibi reservando, nisi pecuniam suam recuperare et interim fructus percipere, quod nihil aliud est quam mutuum usurarium implicitum. Ergo, etc. Ita satis communiter theologi. Idem autem fere dicendum de pacto in gratiam utriusque; quia licet habeat minus periculi, satis tamen habet mali, ut ait COLLET, n° 263, p. 187. Cæterum de his fusius ubi *de Censu redimibili*.

Quod si venditionem illam expendamus ex jure civili, eam expresse non approbat; sed nullibi etiam videmus quod eam reproberit. Et revera cum lex admittat lucrum ex mutuo, ad illud medium raro recurrent contrahentes, cum directe de lucro stipulari possint : et etiamsi recurrent, lex non irritaret tanquam initum via indirecta pactum quod via directa iniri potuisset. Igitur coram lege pactum illud non erit reprobandum, nisi quatenus usuram immodicam includeret.

736. II°. *De NATURA venditionis cum pacto redimendi.*

Hæc venditio non est habenda tanquam inita sub conditione suspensiva : statim plena est et perfecta; sed inita sub conditione resolutoria : PIGEAU, p. 397, 398. Itaque is est status tum emptoris, tum venditoris, post hujusmodi venditionem.

*Ex parte emptoris.* 1°. Statim evadit dominus rei. Hinc 1. potest præscribere; art. 1665. Hinc 2. si bonum esset hypotheca gravatum et venditoris creditores illud prosequerentur, posset emptor obtinere ut antea discuterentur venditoris bona; art. 1666.

2°. Dominium emptoris est resolubile, et nonnisi ut tale potest illud alteri transferre : unde quando fit resolutio, venditor recipit bonum liberum ab omnibus oneribus quibus gravari potuit ab emptore; art. 1673. Sed ex eo-



dem articulo stare debet locationibus, gallice *aux baux*, ab emptore initis absque fraude, id est, eodem pretio et iisdem conditionibus quibus iniri consueverant, ut ex iudicio concilii Status explicat DELVINCOURT, *Notes*, p. 154, 155 : requiritur tamen ut illæ locationes habeant epocham certam, ut ex art. 1743 a fortiori deducit idem auctor, p. 160.

*Ex parte venditoris.* Dominium rei amisit, ut intelligitur ex dictis. Sed habet jus ad illam, conditione suspensum : potest enim illam recuperare, si velit, et pretium, etc., restituat; et jus illud, ut diximus, rei inhæret, et, si sit res immobilis, eam sequitur etiam apud tertium detentorem. Hinc potest rem illam vendere, aut in hypothecam dare, sed sub eadem conditione, juxta art. 2125 : neque dici potest vendere rem alienam. Ita, (et merito, quamvis contrarium judicaverint quædam tribunalia), ita docent TROPLONG, n<sup>is</sup> 740, 741; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 30; DURANTON, n<sup>o</sup> 408.

737. III<sup>o</sup>. *De OBLIGATIONIBUS VENDITORIS, quando vult exercere facultatem redimendi.* 1<sup>o</sup>. Debet restituere pretium rei; art. 1673. In eo articulo dicitur, *Le prix principal*, quia etiam coram lege non debet venditor illius auctuarium : cum enim emptor perceperit fructus, nec teneatur illos restituere, ut modo dicemus, æquum non est ut habeat simul auctuarium. Ita POTHIER, n<sup>o</sup> 417, et alii.

Per eadem verba innuitur etiam, ut observat TROPLONG, n<sup>o</sup> 760, restituendum esse præcise pretium quod fuit ab initio persolutum. Attamen an aliud in pactum deduci nequeat, non ita constat.

1. Posse conventionem iniri de restituendo *eodem pretio* quo venditio facta est, negant SALMANTICENSES, c. II, n<sup>o</sup> 64, et COLLET, n<sup>o</sup> 256, p. 186 : quia, cum res venditur cum pacto, minoris valet propter onus impositum, quam cum reddit ab omni onere libera. Alii tamen satis communiter

contradicunt : ordinarie de eodem pretio initur conventio, ut notant BILLUART, p. 192, et *Collat. Andegav.*, conf. IV, q. II, p. 546; in eo sensu approbat lex civilis : imo, ut mox videbimus, satis dubium est an alio modo fieri possit. Illa autem ratio afferri potest, quod cum in redemptione non sit novus contractus, sed prioris dissolutio facta ex vi pacti, non necesse est ut venditor det tantum quantires secundum se valet. Ita DE LUGO, n° 198; LESSIUS, c. 21, n° 115; BILLUART, *loc. cit.*; JUEIN, t. II, p. 99, tr. VIII, c. VIII. Aliunde emptor non potest conqueri, cum ad hanc facultatem respectus sit habitus in determinando pretio quod solvit, et spem habuit lucrandi si ea facultas non exerceretur.

2. *De pretio minori*, etiam controvertitur. Affirmat D. BOUVIER, p. 304, conveniri posse ut venditor minus pretium refundat quam recepit : sane nullum dubium est, si fiat ex parte emptoris animo donandi. Sed si id non intendat, vel si venditori donare prohibeatur, contractus erit per se injustus : quia æquum non est ut emptor tradat bonum ab omni onere liberum minori pretio quam quod ipse solvit cum onere ei annexo. Ita DE LUGO, n° 192; JUEIN, *ibid.*, p. 98. Dicitur *Per se*, quia fieri potest ut inæqualitas compensetur per fructus ab emptore perceptos.

3. *De restituendo pretio majori* est præcipua difficultas. Non desunt qui putent talem conventionem non posse fieri sine usura : ita ANTOINE, q. XVIII, p. 98; *Collat. Andegav.*, *loc. cit.*, p. 546; JUEIN, *ibid.*, p. 98 : illud probabilius judicare videtur BENEDICTUS XIV, *de Synod. diæces.*, l. X, c. VIII, n° 4, quem sequitur Card. GERDIL, t. XVIII, p. 130, q. IV, c. VIII. Ratio desumi potest, sive ex eo quod nova venditio non fiat, sed tantum resolutio prioris ; ac proinde nullus sit titulus vi cujus mutetur pretium : sive ex eo quod sic daretur medium palliandi usuram. Et ita admittunt nostri jurisperiti : DELVINCOURT,

*Notes*, p. 159; DURANTON, n° 429; TROPLONG, n° 696. Alii tamen nihil iniqui in ea conventionem reperiunt. Ita LESSIUS, n° 115, et alii, quos citat et sequitur DE LUGO, n° 193 et seq.; LEOTARDUS, *de Usuris*, q. xv, n° 10; POTHIER, n° 413 : tum quia, cum emptor non teneatur facultatem illam venditori concedere, potest eam vendere, exigendo majus pretium : tum quia venditor non potest conqueri, cum penes ipsum sit facultatem suam non exercere, si illius usum sibi noxium reputet. In eo sensu judicavit curia Parisiensis, et idem docent PAILLIET, ad art. 1659, et DUVERGIER, n° 12.

Inter hæc, existimamus 1°. maxime attendendum esse ad intentionem contrahentium, ut appareat num sit usuraria. 2°. Seclusa intentione usuraria, principium solutionis hoc esse videtur : in prima venditione eo magis minui debet pretium quo majus imponitur onus, et vice versa; porro si venditor non possit redimere nisi majori pretio, onus est longe minus erga emptorem, ut patet : ergo minus debuit imminui pretium. Igitur ut constet de pacti justitia, attendendum erit an adsit æqualitas et vera compensatio inter utramque partem.

Observandum superest, venditorem, si rem redimat a secundo vel tertio emptore, ipsi debere restituere pretium primæ venditionis, non attendita altera. Nam si secundum pretium fuerit majus, primus emptor non potuit reddere difficiliorem facultatem redimendi : habebit tantummodo suum recursum contra illum a quo emit. Si contra fuerit minus, primus emptor transtulit secundo omnia sua jura, ac proinde jus exigendi pretium totum primo venditori solutum. Ita POTHIER, n° 425; DELVINCOURT, *Notes*, p. 160, 161; TROPLONG, n° 760.

738. — 2°. Venditor debet restituere sumptus contractus, gallice *les frais et loyaux coûts de la vente*; art. 1673.

3°. Debet etiam restituere *impensas necessarias*, quia

ipse eas factururus fuisset. Quoad impensas *utiles*, debet compensare quatenus auxerunt valorem fundi. Observant tamen jurisperiti caute applicandam esse hanc dispositionem, quia alioquin emptor sæpe posset impedire facultatem redimendi, maximas faciendo expensas : unde judicis erit determinare juxta circumstantias. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 161, 162; TROPLONG, n° 760; DUVERGIER, n° 48. Quoad impensas *voluptuarias*, venditor ad nihil tenetur; emptor potest tantum eas auferre, si absque fundi detrimento auferri possint. Ad nihil etiam tenetur quoad impensas quæ dicuntur *d'entretien*; sunt enim onus fructuum, et cum iis compensantur.

Tales sunt obligationes venditoris. Donec iis satisfecerit, non potest rei possessionem inire; art. 1673 : emptor potest interim rem retinere quasi titulo pignoris, sed si antea reddat, non potest sibi ullum privilegium vindicare. Vid. TROPLONG, n<sup>is</sup> 762, 763; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 51, 52.

739. IV°. De OBLIGATIONIBUS EMPTORIS. Debet 1°. restituere *rem*; et quidem in statu in quo nunc est : unde si deterior facta sit absque culpa emptoris, non ideo venditor potest pretium restituendum minuere, quia cum resolvatur contractus, nihil retinere potest; ipse viderit utrum velit rem qualis est redimere. Ita POTHIER, n° 401; TROPLONG, n<sup>is</sup> 764, 765.

Si contra res augmentum aliquod acceperit, v. g., per alluvionem ad sensum articuli 556, non concordant auctores, ut exponit FACHINEUS, l. II, c. VI. Inter recentiores, existimat *Collat. Andegav., loc. cit.*, p. 544, totum esse venditori restituendum, quia accessorium sequi debet principale, et quia id naturaliter sequitur ex eo quod venditio penitus resolvatur : si tamen agatur de augmento magni momenti, et vere extraordinario, decisionem remittit æquitati judicum ad quos illi casus deferri solent. Alii, quorum opinionem communem et veram dicit Fachineus,

docent incrementum pertinere ad emptorem : et hanc sententiam sequitur POTHIER, n° 402 : tum quia *Ubi periculum, ibi lucrum*, ex axioma; porro emptor periculum subiit, quia, si res periisset, venditor sane non exercuisset facultatem redimendi : tum quia venditor repetere potest tantum illud quod vendidit ; porro illud incrementum non vendidit. Et sane si emptor incrementum illud alteri transulisset, non videtur quo jure primus venditor illud repeteret.

Sub jure novo, priorem opinionem amplectuntur DELVINCOURT, *Notes*, p. 159, DURANTON, n° 425, TROP-LONG, n° 766, et DUVERGIER, n° 55. 1°. Conditio resolutoria, ex art. 1183, res reponit in eodem statu, non solum in futurum, ut contendebat Pothier, sed pure et simpliciter. 2°. Conditio venditoris est omnino favorabilis, quia plerumque hujusmodi venditiones fiunt ex necessitate. 3°. Supponi potest venditorem rem redimere, etiamsi imminutionem passa sit, sive quia eam peculiari affectu prosequitur, sive ob aliam causam; in eo casu, ex dictis imminutio in eum recidet : ergo mirum non est quod incrementum illi prosit.

Eadem quæstio movetur circa thesaurum. Docent jurisperiti mox citati, partem quæ ex art. 716 pertinet ad dominum fundi in quo reperitur,tribuendam esse venditori, et emptorem non posse retinere nisi eam partem ad quam jus habere potest ut inventor : cum enim thesaurus adjudicetur *jure soli*, ut aiunt, resoluta proprietate et ad emptorem redeunte, nullum titulum habet emptor ad eum retinendum. Attamen docebat POTHIER, n° 404, et ei consentiebat *Collat. Andegav.*, *ibid.*,tribuendum esse emptori : etenim nulla ratio est cur ad venditorem redeat ; non censetur pars fundi, sicque multum differt, v. g., ab aurifodina quæ detecta fuisset : quamvis autem nequeat pariter inter fructus computari, ideoque ad usufructuarium



non pertineat, attamen verum remanet jus ex illius inventione nonnisi tempore inter venditionem et ejus resolutionem medio ortum esse, ac proinde ad emptorem pertinere, quia tunc erat vere dominus. Illud nobis videtur satis probabile.

740. — 2°. Emptor non tenetur restituere *fructus perceptos*, quia æquum non est ut venditor habeat simul usumfructum rei et pretium. Ita POTHIER, n° 405, et omnes auctores, sive ante, sive post codicem Civilem, inquit DUVERGIER, n° 50. Juxta ipsum, cum per resolutionem venditionis res reponantur in eodem statu ac si venditio facta non fuisset, magis consentaneum esset principiis, ut emptor restitueret fructus, venditor autem auctuarium pretii, quemadmodum fieri diximus (n° 730) quando venditio resolvitur ob pretium non solutum: unde non aliam videt rationem nisi quia sic tacite inter contrahentes conventum est; et quidem, ut addit, n° 57, sapientissime præsumitur illa conventio, ad præcavendas lites plerumque orituras si instituenda foret computatio fructuum.

Fructus igitur non debentur venditori nisi a die quo pretium restituit, aut restituisse censetur: id est, juxta POTHIER, n° 410, quem sequitur TROPLONG, n° 774, a die quo restitutionem obtulit, quia ab eo tempore præsumendus est lucrum ex pretio non educere, et aliunde emptor non debet fructum percipere ex mora per se interposita; juxta DELVINCOURT, *Notes*, p. 161, et DUVERGIER, n° 59, a die quo pretium, ut dicitur, *consignavit*, juxta art. 1259, quia hucusque eo fruitur aut frui potest.

Difficultas esse potest circa fructus qui sunt pendentes vel mox colligendi, sive tempore venditionis, sive quando fit resolutio. Varias opiniones emiservnt jurisperiti, ut videri potest apud TROPLONG, n° 769-773, et DUVERGIER, n° 56. Æquitati consentanea videtur regula ab isto novissimo auctore tradita, n° 57: compensatio instituenda

est inter fructus, et auctuarium pretii; cum autem auctuarium singulis diebus percipi censeatur ex art. 586, fructus vero non nisi semel in anno, ut servetur æqualitas ratio habebitur anni integri incipiendo a die venditionis, et si annus sit incœptus quando fiet resolutio, fructus inter venditorem et emptorem dividentur, proportionem habitam partis anni quæ jam effluxit.

741. V°. De QUIBUSDAM PACTIS quæ cum præcedenti connectionem habent. Ea breviter indicare nobis sufficiet.

I. De pacto legis commissoriæ. Locum habet quando ea expressa conditione res venditur, ut, si emptor intra certum tempus non solvat, inempta sit. Illud pactum in se nihil habet illiciti, ut intelligitur ex dictis (n° 729), cum hujusmodi conditio tacite insit cuilibet venditioni. Insuper approbatur expresse a jure, tum Romano, tum Gallico, nempe art. 1656. Adest tamen inter utrumque jus aliquod discrimen. In jure Romano, contractus resolvebatur pleno jure; in jure autem Gallico veteri, requirebatur sententia judicis, ut explicat POTHIER, n° 459. In jure novo, distinguendum inter immobilia, et mobilia. Quoad *immobilia*, resolutio non fit pleno jure, sed requiritur interpellatio venditoris, gallice *sommation*, ex art. 1656. Ratio est, juxta TOULLIER, t. VI, n° 555, quod, cum ex art. 1247 solutio facienda sit in domicilio debitoris, is non est in mora nisi post petitionem venditoris, quæ constet per interpellationem; unde, concludit, n° 556, si conventum fuisset de solutione ab emptore offerenda, non opus esset interpellatione: imo, inquit, n° 557, si expresse conventum fuisset resolutionem locum habituram sine interpellatione et per solam termini elapsionem, vim haberet ea conventio, ex art. 1139: istud admittunt TROPLONG, n° 668, et DUVERGIER, t. I, n° 462. Sed observat DURANTON, n° 376, illud difficile conciliari posse cum art. 1656, cujus insuper dispositio facillime eluderetur

admissa ea sententia. Sed semel facta interpellatione, venditio resolvitur, etiam ante judicis sententiam. Attamen, juxta DELVINCOURT, *Notes*, p. 157, et DURANTON, n° 377, emptor potest adhuc solvere, et sic impedire resolutionem : art. 1656 prohibet tantum ne nova ei concedatur mora. Quamvis illud non videatur ab æquitate alienum, docent TOULLIER, n<sup>is</sup> 568, 569, TROPLONG, n° 669-672, et DUVERGIER, n° 463, conciliari non posse cum verbis articuli 1656, quæ supponunt semel peracta interpellatione jus resolvendi venditionem irrevocabiliter competere venditori. Quoad *mobilia* autem, resolutio fit pleno jure. Ita admittunt etiam auctores qui, ut vidimus (n° 729), aliud docent in casu conditionis tacitæ : TROPLONG, n° 667; DUVERGIER, n° 461.

Ex his satis intelligitur quinam sint effectus illius pacti. Cæterum adnotant plures theologi, nec abnuunt jurisperiti, rationem habendam esse voluntatis contrahentium : si aperte manifestata sit, huic profecto standum est, quotiescumque per legem expresse non reprobat.

742. II. *De pacto adjectionis, vel additionis in diem.* Eo nomine designatur venditio facta ea conditione, ut si intra certum quoddam tempus venditor inveniat meliorem conditionem, res inempta maneat. Illud pactum nihil injustum includit, modo minuatur aliquid de pretio, et absit fraus et dolus, qui adesset, v. g., si venditor quem pœniteret contractus fictum emptorem supponeret. Potest autem fieri per modum conditionis suspensivæ; vel resolutoriæ, ut observat POTHIER, n° 445, qui postea, n° 446-456, exponit quandonam illa clausula censeatur impleta, et qualis tunc nascatur actio. Cæterum in nostro jure parum vigent hujusmodi contractus, ait idem auctor, n° 457. De his silet codex Civilis : nullum horum vestigium in moribus nostris superest, inquit TROPLONG, t. I, n° 78. Ait tamen DUVERGIER, t. I, n<sup>is</sup> 77, 78, hanc

conventionem esse licitam, et testatur se nonnulla hujus exempla vidisse.

743. III. *De retractu*. Retractus generatim est facultas alicui concessa revocandi ad se bonum alteri venditum, reddendo pretium emptori. Olin multi in variis consuetudinibus vigeabant retractus : xxv enumerantur, *Répert. de Jurisprud.*, vº *Retrait*, t. xv, p. 342. Tres erant præcipui. 1º. Retractus *conventionalis*, qui nihil aliud est quam facultas redimendi, de qua jam diximus. 2º. Retractus *gentilitius*, gallice *retrait lignager*, vi cujus consanguineus venditoris poterat ad se revocare rem venditam extraneo vel consanguineo remotiori : hujus scopus erat ne avitæ possessiones ad alienas manus transirent. 3º. Retractus *feudalis*, gallice *retrait féodal*, vi cujus dominus feudalís poterat ad se revocare bona ab ipso moventia seu dependentia. Cæterum variæ retractus species fuerunt per diversas leges suppressæ an. 1790, ut videri potest *Répert. cit.*

## §. 2. *De venditione jurium incorporeorum.*

744. Bona distinguuntur in corporea, et incorporea, ut diximus in *Tr. de Justitia* (nº 37). Incorporea vocantur quæ tangi seu sensibus percipi non possunt, sed in jure consistunt et solo intellectu percipiuntur, ut obligatio, actio, hæreditas, servitus, etc. Ex hac notione intelligitur omnia jura esse necessario incorporea : unde observant plures jurisperiti satis accurata non esse hæc codicis Civilis verba, in art. 1607 et in titulo capituli VIII adhibita ; TROPLONG, nº 877 ; DUVERGIER, nº 157. Sed nulum videmus incommodum in retinendo loquendi modo, qui, si a grammaticæ regulis paululum deflectat, saltem clare indicat id de quo agitur.

Jura incorporea triplicis generis distinguuntur, pro diversa rerum natura quas pro objecto habent : alia sunt

mere *personalia*, ut chirographa et alia credita; alia *realia*, ut usus, usufructus, servitus; alia *mixta*, ut hæreditas.

Porro hæc omnia possunt esse ex omnium confesso venditionis objectum. Scilicet nil obstat quin jus possit ab uno ad alterum transmitti; idque pluribus modis fieri solet, v. g. in subrogatione, delegatione, adjectione solutionis gratia, etc., et in cessione quæ fieri potest sive per viam donationis, sive permutationis, sive venditionis. Utrum et quatenus varii illi modi inter se conveniant, aut ab invicem discrepent, apud omnes jurisperitos non constat; id fuse expendit TROPLONG, *Hypothèques*, t. I, n° 329 et seq. De venditione tantum hic agendum habemus: hæc vulgo dicitur *transport de créances*. Exponemus primum quasdam regulas generales; deinde regulas speciales venditioni hæreditatis, et jurium litigiosorum.

PUNCTUM 1. *Regulæ generales circa venditionem  
jurium incorporeorum.*

745. Tria spectari possunt: nempe 1°. traditio; 2°. assecuratio; 3°. pretium.

I°. *Quoad TRADITIONEM*. Duo statuit codex Civilis: quomodo fiat; quid includat.

I. *Quomodo fiat traditio*. Si res spectetur inter venditorem et emptorem, qui in præsentia materia dicuntur *le cédant, et le cessionnaire*, traditio fit per transmissionem tituli in manus emptoris; art. 1689: vel per usum juris ex parte emptoris cum consensu venditoris; art. 1607. Attamen observant jurisperiti ante eam traditionem translatum esse dominium, nempe ex solo consensu, juxta art. 1583, qui hic applicatur quemadmodum in aliis venditionibus.

Sed quoad alios (*à l'égard des tiers*), requiritur ad tra-



ditionem perfectam, ut cessio notificata fuerit debitori, vel ab ipso acceptata in actu authentico; art. 1690. Quamvis igitur cessio facta fuisset per actum authenticum, vim non haberet erga extraneos ante hanc notificationem. Illud mirum videri potest, cum non idem exigatur quoad venditionem bonorum immobilium : unde docebat DURANTON, *Contrats*, t. III, n° 789, non applicari art. 1690 isti casui; sed agnoscit, *Cours*, t. XVI, n° 498, nec jurisprudentiam, nec doctrinam auctorum admittere hanc restrictionem. Lex ita statuit ad præcavendas fraudes : hac enim notificatione jam posita, debitor non potest solvere antiquo creditori; et qui vult creditum emere facile agnoscere potest an non fuerit jam alteri venditum, interrogando nempe debitorem. Vid. DUVERGIER, n° 180; TROPLONG, n° 882-884.

Hinc 1°. si ante acceptam notificationem debitor solvat pristino creditori, liberatur; art. 1691.

Hinc 2°. Si creditor jus suum duobus successive vendat, anteponetur secundus, si illius acquisitio fuerit prius notificata debitori. Si tamen secundo emptori nota fuerit prima cessio, quamvis dicat DURANTON, n° 499, difficile admitti in præsentī materia exceptionem ex mala fide, existimamus eum repellendum esse per applicationem articuli 1141 : ita DUVERGIER, n° 209, 210.

Plura alia consecutaria ejusdem principii exponit TROPLONG, n° 884-898.

Advertendum est illud principium non applicari in materia commercii : sic credita quæ dicuntur *Titre au porteur* transferuntur per meram traditionem; art. 35 codicis Commercii : *les lettres de change, billets à ordre*, per viam quæ dicitur *endossement*; art. 136, 187. Adest etiam forma specialis ad transmissionem censuum publicorum, *rentes sur l'État, actions de la Banque*, etc.

746. II. *Quid includat traditio.* Includit omnia accessio-

ria crediti, v. g., fidejussionem, privilegium et hypothecam; art. 1692.

Si quando fit cessio debeantur quædam auctuarii reliquæ (*des intérêts arriérés*), vulgo censent auctores includi in cessione, nisi venditor sibi reservet: cum enim tradat titulum vi cuius possunt exigi, si velit sibi reservare, debet illud exprimere. Ita DURANTON, n° 507; TROPLONG, n° 915; DUVERGIER, n° 221.

Quoad actiones rescissorias, olim docebant auctores eas non includi in cessione, idemque hodie admittit DELVINCOURT, *Notes*, p. 170, 171: potest enim interesse venditoris ut illæ actiones non exerceantur ab emptore. Alii tamen dicunt venditorem, si velit eas actiones non transmittere, debere mentem suam aperire; si cessio fiat modo absoluto, apponi nequit ea exceptio. Ita DURANTON, n° 508; TROPLONG, n° 916; DUVERGIER, n° 222.

747. II°. Quoad ASSECURATIONEM. Duplex distinguitur; juris et facti.

Assecuratio *juris* ea dicitur quæ inest contractui absque stipulatione expressa. Talis est assecuratio de existentia juris quod venditur; art. 1693. Si jus non existat, venditio irrita est: idque verum est, etiamsi exstet et tradatur titulus juris, si fuerit quomodocumque extinctum, v. g., per præscriptionem, compensationem, etc. Recursum ergo habet emptor adversus venditorem, et possunt applicari pleraque ex iis quæ diximus (n° 717) de assecuratione generatim spectata. Imo etiamsi venditio facta fuerit cum clausula de non assecuratione, nihilominus tenetur venditor de non existentia juris; art. 1693: clausula illa censetur respicere tantum *solvabilitatem* debitoris, et eximit solummodo a compensatione damnorum, prout diximus ubi de *Evictione* (n° 713); sed non eximit a restitutione pretii. Per pretium autem non intelligitur præcise summa debita ad quam jus concessum est, sed summa ab emptore per-

soluta. Ita communiter auctores, ex analogia cum iis quæ statuit art. 1694, de quo mox dicemus : DURANTON, n° 512; TROPLONG, n° 945; DUVERGIER, n° 263.

Si tamen conventio expresse ferat creditum nullo modo assecurari, et emptorem in se suscipere hujus periculum, tunc venditor non tenetur ad assecurationem; censetur contractus aleatorius, seu juris litigiosi : sed requiruntur verba expressa et aperta. Vid. DURANTON, n° 511; TROPLONG, n° 935 et seq.; DUVERGIER, n° 265 et seq.

Assecuratio *facti* ea dicitur quæ non oritur nisi ex conventionione contrahentium. Eo ordine reponitur ea quæ respicit solvabilitatem debitoris : venditor ad eam non tenetur, nisi aliter conventum fuerit ; art. 1694 : debitor hodie impar solvendo, inquit TROPLONG, n° 934, potest in posterum ad meliorem statum assurgere. Conventio autem potest in triplici gradu iniri. 1°. Si venditor simpliciter assecurationem promittat, ea conventio respicit solvabilitatem actualem debitoris, et nihil amplius ; art. 1694 et 1695 : hujusmodi enim conventio debet aliquid addere assecurationi juris ; et tamen non debet extendi in futurum, quia cessione semel peracta rei periculum subit emptor. Vid. TROPLONG, n° 938; DUVERGIER, n° 272. Juxta DURANTON, n° 516, quem sequitur BOILEUX, ad art. 1695, et DUVERGIER, n° 279, illud in eo sensu intelligendum est quod venditor spondeat debitorem solvendo parem pro tempore quo solvere debet ; unde si debitum sit ad terminum vel sub conditione, ratio habebitur termini, vel temporis quo implebitur conditio : ita olim intelligebatur, et nunc intelligendum est. 2°. Potest venditor assecurare etiam in futurum ; ea clausula dicitur *De fournir et faire valoir*. Qui ita se obligavit, tenetur erga suum emptorem ; sed solummodo postquam per bonorum debitoris discussionem constat eum esse solvendo imparem. Liberatur tamen, quando ex facto emptoris ortum est quod solutionem obtinere non

potuerit : an autem idem dicendum sit , quando id oritur ex mera ejus negligentia , seu omissione , non constat ; vid. TROPLONG , n<sup>is</sup> 940 , 941 ; DUVERGIER , n<sup>o</sup> 275 et seq. 3<sup>o</sup>. Demum potest venditor promittere se soluturum esse loco debitoris , si iste post meram interpellationem non solvat : tunc opus non est ut discutiantur antea bona debitoris.

Dicendum superest ad quid obliget assecuratio facti. Si sit in primo gradu , non debetur restitutio nisi usque ad concurrentiam ejus quod recepit venditor ; art. 1694 : videri posset restituendam esse summam integram quæ fuit objectum conventionis ; sed aliter statutum fuit , quia adest semper aliquid aleatorium , et æquitas postulat ut emptor , qui plerumque lucrum captat ex necessitate venditoris , indemnus fiat et nihil amplius : vid. DELVINCOURT , *Notes* , p. 172 , 173 ; TROPLONG , n<sup>o</sup> 946. Si agatur de secundo gradu , idem dicendum statuunt TROPLONG , n<sup>o</sup> 948 , DUVERGIER , n<sup>o</sup> 282 , et DURANTON , n<sup>o</sup> 513. Sed si agatur de tertio gradu , cum venditor seipsum personaliter obligaverit , solvere tenetur summam integram quæ debebatur : TROPLONG , n<sup>o</sup> 949 ; DUVERGIER , n<sup>o</sup> 283.

748. III<sup>o</sup>. *Quoad PRETIUM*. Servanda sunt principia generalia supra exposita. Sed occurrit quæstio hic specialis , scilicet *utrum liceat chirographa infra valorem eorum numericum emere* ? — Quæ ut solvatur , multiplex opus est distinctione.

I. Si sint *incerta et litigiosa* , licet ea minori pretio emere. Illud admittitur , non solum ab omnibus qui in mutuo legitimum existimant titulum periculi , sed a multis aliis. Ratio est , quia tunc non tam emitur summa , quam spes ad illam : porro spes illa non tanti valet ac res ipsa sperata , ut patet. Et revera , ut observat POTHIER , n<sup>o</sup> 574 , confutans theologum Gratianopolitanum , licet non possem lucrum exigere a mutuuario propter periculum , quia ob

ejus statum potius debeo ei subvenire, hæc ratio non hic applicatur : tam legitima est hæc conventio quam quilibet alius assecurationis contractus.

Ut tamen hæc decisio rite intelligatur, quædam sunt advertenda.

1°. Ipse debitor non potest sic transigere, cum teneatur totum solvere, et periculum tollere. Ita communiter theologi : vid. DE LUGO, n<sup>is</sup> 100, 101 : ubi tamen excipit casum quo periculum non proveniret ab ipso debitore, sed esset creditum dubium ex aliis causis; tunc in se et quoad omnes minoris valeret, ac proinde nulla esset ratio cur ipse debitor non posset minori pretio redimere; ita etiam SALMANTICENSES, n° 157.

2°. Si hujusmodi debita propter circumstantiam emptori specialem sint quoad ipsum certa et soluta facilia, quidam dicunt eum non posse minori pretio emere, quia quoad ipsum non applicatur ratio propter quam licita est talis emptio. Alii tamen docent ipsum posse emere : testatur BILLUART, art. IV, p. 157, hanc esse opinionem communioem, quidquid dicat Daelman, qui ideo improbatur etiam a COLLET, n° 351, p. 215 : eam sequitur D. RICHARD; videturque consentanea principiis supra expositis (n° 698). Pretium enim horum debitorum ex communi æstimatione determinandum est, et ex eorum qualitate, ut ita dicam, in se spectata, non vero in ordine ad aliquem privatum : quod sint pro ipso soluta facilia, id non ex re ipsa, sed ex emptoris industria, aut fortuna oritur, ac proinde æquum non est ut ideo teneatur plus quam alii solvere.

Aliud forte dicendum, si ageretur de credito quod vulgo existimatur dubium et difficile, et cujus emptor cognosceret scientia privata solutionem esse facilem; magis dubium est an posset emere pretio communi : de hoc casu non agunt theologi. Dici posset rem habere valorem igno-



tum et intrinsecum, quem emptor debet manifestare, sicut venditor debet manifestare defectus; nec proinde applicari posse rationem mox allatam.

Quid vero, si contra *debitum communiter reputetur certum, et ipse venditor sciat esse dubium et difficile?* — Non desunt qui dicant eum nihilominus posse vendere pretio currenti, quod, ex æstimatione communi ortum, pro justo habendum est. Sed verius negandum videtur: difficultas hæc reputari debet, saltem moraliter, vitium intrinsecum; ergo debitum in se minoris valet, et communis æstimatio fundatur in errore: unde iste casus valde differt ab eo in quo ignoratur tantum circumstantia extrinseca, v. g., superventura mercium copia. Ita BILLUART, p. 159; COLLET, n° 359, p. 217; ALASIA, dicens esse communio rem sententiã, t. v, part. i, c. i, n° 9, p. 10.

749. II. Si debita sint *certa*, distinguendum est. Vel agitur de debitis simplicibus, id est, quæ apud privatos reperiuntur; vel de debitis commercii, id est, quæ publice exponuntur, seu, ut dicitur, *sur les places de commerce*, vel apud negotiatores, vulgo *agents de change*.

1°. Quoad chirographa *simplicia*, non desunt qui putent ea emi posse minori pretio, quia in communi æstimatione minoris æstimantur, et, ut dicitur in jure, *Minus est habere actionem quam rem*. Alii tamen, quamvis agnoscant hanc opinionem esse probabilem, docent non posse sine injustitia emi minori pretio. Ita MOLINA, D. 361, n° 7, dicens esse communem doctorum; LESSIUS, c. 24, n° 71; DE LUGO, n° 96, dicens esse communem et veram; SALMANTICENSES, n° 160; BILLUART, p. 160; ANTOINE, q. xii, p. 91; COLLET, n° 335, p. 209; D. BOUVIER, p. 307, et alii multi. Ratio est, quia non servatur æqualitas: jus enim liquidum et certum ad mille nummos recipiendos sine difficultate et sumptibus, valet mille nummos; nec mille nummi certo solvendi minoris valent quam

mille nummi præsentēs. Et vero hujusmodi contractus omnino æquivalet mutuo implicito, in quo percipi nequit auctuarium nisi adsit titulus extrinsecus, ut ostendemus ubi *de Mutuo*: ibi etiam solventur objectiones quæ hic proponi possent.

Hanc sententiam suadendam esse ut communioem et tutioem agnoscit S. LIGUORI, n° 829: observat tamen, in praxi, juxta multos hujus patronos, vix occurrere debita quæ careant omni periculo, vel molestia aut sumptibus. Id plerumque verum est, sed non semper: aliquando enim vere abest omne periculum saltem pretio æstimabile.

Qui igitur debitum certum minori pretio emit tenetur ad restitutionem. Expendit POTHIER, n° 575, an liberatus censi debet, si debitor casu improvise factus sit solvendi incapax. Ratio dubitandi est, quod tunc ex emptione venditor nullum damnum passus sit, sed contra fructum perceperit. Attamen docet, et quidem merito, eum teneri ad restitutionem. Nam momento contractus damnum illatum est; ergo orta est obligatio restituendi, quæ tolli non potuit per eventum subsequentem: *res perit domino*, ac proinde emptori; idem dicendum ac de re emptæ.

Sed quoad modum restituendi, viam proponit Pothier, quam admitti non posse putamus. Esto quamdiu debitum habetur ut certum, quod possit emptor e duobus unum eligere: vel complere summam, vel reddere partem crediti; quod, v. g., si creditum 1 000 nummorum emerit 500 tantum nummis, possit vel solvere alios 500 nummos, vel venditori reddere dimidiam partem crediti. Sed quando jam debitor agnoscitur solvendo impar, aliud restitutionis medium non superest nisi ut emptor solvat partem quam non ab initio solvit. Debitum censetur periisse, et periisse emptori; ergo, juxta art. 1193, alterum obligationis alternativæ punctum jam solum debetur. Diximus *Esto*, quia si venditoris interfuisset ut creditum non divi-

deret, adeo ut emptor censi posset se obligasse ad totum emendum, non valeret ipsum principium ex quo proficitur Pothier.

2°. Quoad chirographa *commercii*, ubique in foro argentario (*à la Bourse*) venalia exponuntur, et plus minusve infra valorem numericum venduntur, prout plures vel pauciores sunt emptores, prout solutio est plus minusve certa et proxima. Quæstio est, utrum possint emi pretio currenti? Distinguendum est: vel diriguntur ad urbem extraneam, vel ad eandem.

1. Si ad *urbem extraneam*, communiter dicitur ea emi posse pretio currenti, quod est sæpe supra valorem numericum: illud est quod cambium dicitur, de quo postea agemus; simulque varias expendemus quæstiones quæ de hac materia proponi possunt.

2. Si ad *eandem urbem*, non desunt qui putent emi et vendi posse pretio currenti: tum quia illa chirographa sunt veluti merces; ita communiter judicantur, et eorum pretium crescit vel decrescit pro variis circumstantiis, quemadmodum pretium cæterarum mercium: tum quia nulla fit injuria venditoribus; etenim sperare nequeunt quemquam ea empturum esse supra currens pretium; ergo ipsorum interest ut pretium illud augeatur: porro eo magis augebitur, quo plures erunt ementes; ergo qui emunt nullam inferunt injuriam. Hæc opinio sat probabilis primo intuitu visa fuerat D. BOUVIER: sed post maturius examen, ipsi visa est minus congruere veris et legitimis circa usuram principiis; tandem ait, p. 431, hanc satis probabilem sibi videri, ut eam sequentes inquietare nollet.

Attamen verius videtur, secluso speciali titulo, illud non licere. Nam ex dictis non licet extra plateam, seu quamdiu hæc chirographa publice venalia non exponuntur. Porro quod sint in platea, non mutat eorum naturam. Nam, ut vidimus, sub duplici respectu considerari pos-

sunt, vel ut mutuum implicitum, vel ut venditio : si spectentur ut mutuum, percipitur lucrum sine titulo; si ut venditio, deest æqualitas.

Ad rationes in oppositum reponi potest, iis admissis, excusari usuram : homines enim non solent pariter mutuare gratuito, et etiam extra plateam vulgo non emunt chirographa juxta valorem numericum. Pariter dici posset, quo plures erunt mutuantes, eo minorem usuram exigendam esse; ac proinde nullam inferri injuriam iis qui usuras solvunt. Cæterum hæc omnia elucidabuntur ex dicendis circa usuram.

PUNCT. 2. *Regulæ speciales venditioni hæreditatis.*

750. Non agitur de hæreditate futura, cum hæc ex dictis juxta art. 1130 et 1600 non possit esse objectum contractus; sed de hæreditate, ut dicitur, aperta. Nec etiam agitur de venditione objectorum designatorum quæ complectitur hæreditas; hæc esset venditio ordinaria, quæ subjiceretur regulis generalibus venditionis : sed agitur de ipso jure hæredis, quod existit quæcumque sint bona hæreditatis, imo etiamsi superentur per onera. Jus illud est aliquid incorporeum, et ideo subjicitur regulis specialibus. Vid. DUVERGIER, n<sup>is</sup> 297, 298.

Illæ regulæ spectant ad obligationes sive venditoris, sive emptoris.

I. *De obligationibus venditoris.* Ad duo præsertim capita spectant.

1°. Quoad *assecuracionem*. Qui vendit hæreditatem, non designatis singulis rebus in ea comprehensis, nihil aliud præstare tenetur nisi se esse vere hæredem; art. 1696. Spondet ergo hæreditatem esse apertam, et sibi delatam. Unde sequi videtur venditionem hæreditatis factam ab hærede putativo, etiam emptori bonæ fidei, esse irritam; (et ita judicavit Curia suprema, 26 aug. 1833, cujus judi-

cium non respicere venditionem rei particularis ex hæreditate bene ostendit DUVERGIER, n° 303-305, quamvis contrarium propugnet TROPLONG, n° 960): obligatio enim assecurandi supponit emptorem evinci posse a vero hærede. Cum autem dicitur *Nihil aliud præstari, etc.*, illud non obstat quin venditor teneatur de propriis factis, juxta art. 1628: sed ultra non extenditur assecuratio juris. Verum potest per conventionem specialem restringi, aut extendi. Si vendatur jus ad hæreditatem tanquam dubium seu litigiosum, venditor non tenetur de existentia hæreditatis, quia non hæreditas vendita est, sed incertum hæreditatis; nisi tamen dolose egerit, id est, sciens non existere hæreditatem: DURANTON, n° 520; TROPLONG, n° 957, 958; DUVERGIER, n° 311, 312. Contra, si designata fuerint in venditione specialia hæreditatis objecta, ea assecurare tenetur venditor, ut indicant ipsa verba articuli 1696.

Quando autem locus est assecurationi, emptor jus habet, non solum ad restitutionem pretii (quam deberi etiamsi venditio facta fuisset cum clausula exclusiva assecurationis, ex art. 1629 docent DURANTON, n° 520, TROPLONG, n° 959, et DUVERGIER, n° 315), sed etiam ad compensationem damnorum, juxta regulam articuli 1630 et seq., jam antea expositam; DUVERGIER, n° 313. Quod ut explicetur, advertendum est, ex l. 8, ff., XVIII, IV, *de Hæredit. vel actione vendita*, hanc admissam fuisse distinctionem: si adsit hæreditas, sed ad venditorem non pertineat, ipsa æstimatur, et jus ad illius valorem competit emptori; si vero nulla sit hæreditas, habet jus ad pretium quod dedit. Idem hodie tenendum docent DURANTON, n° 518, et TROPLONG, n° 956. Verum observat DUVERGIER, n° 314, valere potuisse hanc distinctionem sub jure veteri, quia, ut explicat POTHIER, n° 527, irrita erat venditio hæreditatis non existentis, valida autem hæreditatis non pertinentis ad venditorem: hodie



vero etiam in secundo casu irrita est venditio ex art. 1599; ergo in utroque casu debetur restitutio pretii. Si tempore evictionis valor hæreditatis auctus sit, emptor poterit excessum petere titulo compensationis, juxta art. 1633 : si vero fuerit imminutus, jus habebit nihilominus ad pretium integrum; quod locum non haberet, si jus haberet tantum ad hæreditatis valorem.

751. — 2°. Quoad *traditionem*. Venditor tenetur tradere et cedere emptori quidquid ex hæreditate penes se habet aut habuit aut habere potest, item actiones rerum quas nondum habet, fructus quos perceperat, et pretium rerum quas ante venditionem distraxerat, nisi illud in venditione expresse reservaverit; art. 1697. Ratio est, quia, quando venditio fit pure et simpliciter, includit omnia jura hæredis, quamvis ipsum titulum hæredis transmittere non possit. Hinc speciatim quoad fructus receptum est axioma : *Fructus adaugent hæreditatem*.

Ut accurate intelligatur illa venditoris obligatio, adhibenda est distinctio inter res quas non amplius habebat tempore venditionis, eas quas habebat, et eas quæ non nisi postea obveniunt.

1. De rebus quas venditor non amplius habebat tempore venditionis. Vel eas vendiderat, vel consumpserat, vel donaverat, vel perierant. Si vendiderat, debet pretium restituere emptori hæreditatis; art. 1697 : quia nempe pretium illud quod habet loco rei vere ortum est ex hæreditate; unde de ea tenetur, etiamsi res apud emptorem casu fortuito perierit : si tamen pretium nondum recepisset, satis esset cedere actionem quam habet erga emptorem; DELVINCOURT, *Notes*, p. 174; DURANTON, n° 522. Sed apertum est valere peractam venditionem; vendidit enim rem suam. Si consumpserat, debet etiam restituere pretium : rem vere perceperat ex hæreditate. Ita POTHIER, n° 534; DUVERGIER, n° 323. Si donaverat, docet ex jure Romano

POTHIER, *ibidem*, deberi restitutionem pretii : ita etiam DELVINCOURT, *ibid.*; DURANTON, *ibid.*; TROPLONG, n° 967 : tum quia rem vere accepit ex hæreditate; tum quia dici potest eum propriæ rei pepercisse quam alioquin verisimiliter donaturus fuisset. Verum illam decisionem difficultati obnoxiam judicat DUVERGIER, n° 324, et merito, ut nobis videtur. Etenim ex re donata jam nihil superest in hæreditate : gratis supponeretur, saltem generatim, hæredem propriæ rei pepercisse; potius præsumendum est eum daturum non fuisse, nisi hæreditatem accepisset. Ergo judicari potest, præsertim si in id aliquantum concurrant circumstantiæ, eum noluisse in venditione includere ea de quibus antea gratuito disposuerat. Tandem si *res perierat*, ad nihil de ea tenetur venditor, quia interitus sicut et lucrum debet recidere in emptorem. Nec interest an negligentia vel culpa illius perierit : cum enim rei dominium haberet, erga neminem tenebatur ad diligentiam adhibendam, ac proinde nullius culpæ reus dici potest. Ita POTHIER, *ibid.*; DELVINCOURT, *ibid.*; TROPLONG, n° 965, qui excipit, n° 966, casum quo dolum adhibuisset : sed, ut advertit DUVERGIER, n<sup>is</sup> 326, 327, vix concipitur dolus in re sua.

752. — 2. De rebus *quas habebat venditor tempore venditionis*. Nullum esse potest dubium quin eas tradere teneatur : sed sufficit ut eas tradat quales sunt eo tempore. Si deinceps *illius culpa pereant*, aut deteriores fiant, satis patet eum de culpa sua teneri. Si *eas vendat*, irrita erit venditio, utpote de re aliena; unde emptor eas vindicare poterit, salvo tamen jure possessoris bonæ fidei, si agatur de mobilibus, ut toties dictum est, et observant TROPLONG, n° 962, et DUVERGIER, n<sup>is</sup> 320, 321. Imo si res vendita apud secundum emptorem *casu fortuito pereat*, quamvis videatur perire debere primo emptori, utpote domino, iste tamen poterit repetere pretium a venditore,

qui tenetur restituere quidquid ex hæreditate accepit. Ita POTHIER, n° 532; DELVINCOURT, *Notes*, p. 174; DURANTON, n° 522; TROPLONG, n° 963; DUVERGIER, n° 322. Dici potest in eo casu venditorem gessisse negotium illius ad quem transmiserat hæreditatem, et eo titulo ipsi debere reddere quidquid recepit. Si *ipse venditor aliquid deberet defuncto*, ac proinde hæreditati, quamvis debitum extinguatur per confusionem juxta art. 1300, nihilominus, vendita hæreditate, tenebitur solvere emptori; alioquin emolumentum ex hæreditate retineret. Ita POTHIER, n° 537; DELVINCOURT, *Notes*, p. 175; TROPLONG, n° 970; DUVERGIER, n° 332.

Cæterum ex art. 1697 patet venditorem sibi reservare posse objecta quæ voluerit. Si rem frugiferam sibi reservet, dicunt auctores ex jure Romano eum debere nihilominus restituere emptori fructus antea perceptos, quia jam efformant emolumentum ab hæreditate distinctum: POTHIER, n° 539; TROPLONG, n° 975; DUVERGIER, n° 337. Illud nobis videtur multum pendere ex circumstantiis, ex quibus colligetur intentio contrahentium. Imo sunt quædam objecta hæredi ita personalia, ut sine stipulatione expressa, censeri debeant reservata: talia dicuntur *les portraits de famille*, etc. Vid. TROPLONG, n° 974; DUVERGIER, n° 338.

753. — 3. De rebus quæ post venditionem hæreditati obveniunt. Generatim debentur emptori, ex principio jam posito. Sed de quibusdam movetur dubium.

Si *quid indebitum hæreditati solvatur ex errore*, venditor non tenetur illud tradere emptori: satis patet restituendum esse ei qui immerito solvit: vid. POTHIER, n° 538; DUVERGIER, n° 334.

Si plures sint hæredes, et post peractam venditionem unus renuntiet hæreditati, pars illius quæ naturaliter revertitur ad cæteros hæredes, ut dicitur, *jure accres-*

*cendi*, est-ne tribuenda venditori, an emptori? Magna fervet ea de re inter auctores controversia, quam fuse exponit POTHIER, n° 545, nullam partem expresse amplectens. Censent plerique recentiores solutionem pendere ex intentione contrahentium : sed communiter præsumendum esse partem illam non fuisse objectum venditionis, ac proinde venditori relinquendam esse. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 175; DURANTON, n° 524; TROPLONG, n° 972; DUVERGIER, n° 339.

Demum aliquando mota est eadem quæstio circa *indemnitàtem concessam emigrantibus*. Plerumque judicarunt tribunalia indemnitàtem tribuendam esse ipsi hæredi emigrantis, non vero illi cui hæreditatem vendiderat; sed innixa sunt præsertim circumstantiis factorum de quibus pronuntiandum habebant. Verisimile est etiam ad eam partem inclinasse tribunalia, quia legem indemnitàtis habebant ut legem gratiæ, potius quam justitiæ. (Vid. *Tr. de Justitia*, n<sup>is</sup> 584, 588). Sed post legem anni 1825 deducere debuisse videntur principia ad judicandum in venditione omnino absoluta hæreditatis includi jus ad illam indemnitàtem, quemadmodum ad omnia alia jura, ac proinde eam ad emptorem devolvi. Vid. TROPLONG, n° 975; DUVERGIER, n° 340.

754. II. *De obligationibus emptoris*. Emptor tenetur, nisi adsit contraria stipulatio, venditori sumptus, si qui forte facti sint in rebus hæreditariis, refundere, eumque indemnem facere, tum quoad debita et cætera hæreditatis onera quæ solvit, tum quoad ea quæ ipsi a defuncto debebantur; art. 1698 : facile intelligitur ita statui debuisse quasi reciprocitatis jure.

Quamvis autem sic teneatur emptor, hæres non ideo liberatur erga creditores aut legatarios hæreditatis, qui semper eum adire possunt, cum venditio non potuerit eos jure suo spoliare, utpote *res inter alios acta*. Ipse vero recur-

sum habet adversus emptorem. Possunt etiam illi extranei directe adire emptorem, non quasi erga se directe obligatum, sed utendo jure hæredis, debitoris sui, juxta art. 1166. Ita DURANTON, n° 525; TROPLONG, n° 980; DUVERGIER, n° 348. Imo venditor potest eum cogere ut creditoribus satisfaciat, ut ipse securus ex ea parte esse possit. Ita POTHIER, n° 540; DUVERGIER, n° 349.

Quid vero, si venditor ante venditionem ex errore solverit summam ab hæreditate non debitam, potestne eam ab emptore repetere? — Affirmant auctores, si ad solvendum coactus fuerit per sententiam judicis; secus, negant: quia sibi imputare debet quod ita solverit. Ita POTHIER, n° 544; DELVINCOURT, *Notes*, p. 176; DURANTON, n° 523. Imo agnoscit DUVERGIER, n° 347, auctores esse in ea sententia unanimes. Ipse tamen eam improbat: ex supra dictis, venditor non tenetur de negligentia aut culpa per quam res deterior facta est; cur ergo teneretur de errore forsitan inculpabili, vel etiam de negligentia ex qua solvit indebitum?

### PUNCTUM 3. *Regulæ speciales venditioni jurium litigiosorum.*

755. Jus dicitur litigiosum, quando lis mota est super ipso jure, *dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit*; art. 1700. Per illum articulum dirimuntur plures controversiæ quæ olim movebantur: vid. DUVERGIER, n° 359. Non requiritur ut jus sit vere in se dubium; sufficit ut lis de eo mota sit: DELVINCOURT, *Notes*, p. 171. Sed non sufficit etiam ut jus sit in se dubium, adeo ut lis de eo moveri possit, prout olim sufficere docebat POTHIER, n° 583; requiritur ut lis vere mota sit: articulus enim sumendus est sensu limitativo, non demonstrativo: MALEVILLE, ad art. 1700; DURANTON, n° 532; TROPLONG, n° 986. Quando autem dicitur *sur le fond du droit*, intelli-



gitur requiri ut lis attingat ipsum principium seu existentiam juris : quod quandonam locum habeat, non semper est omnino apertum ; id multis exemplis elucidat TROPLONG, n° 989-995, et ex natura variorum actuum judicialium investigat DUVERGIER, n° 363-371.

Hoc posito, semper visum est legislatoribus coercendos esse illos, ut vocant, *Litium alienarum redemptores*, qui nedom præfocare, sed potius protrahere ambiunt, lucrumque captant ex litigantium necessitate. Hinc in jure Romano non admittebatur jurium litigiosorum venditio. Hæc dispositio nunquam in jure Gallico integra viguit : sed ad hæc jura translata est altera dispositio quæ respiciebat credita non litigiosa. Hinc origo legislationis apud nos receptæ. Vid. DUVERGIER, n° 352 ; TROPLONG, n° 985.

Itaque apud nos generatim permittitur cessio jurium litigiosorum : solummodo quibusdam prohibetur eorum emptio, prout ex art. 1597 supra exposuimus (n° 664). In ea cessione non tam venditur creditum, quam dubius litis eventus. Unde quamvis huic applicentur regulæ generales de cessione jurium incorporeorum, satis patet venditorem non teneri ad assecurationem, cum sit conventio prorsus aleatoria.

Sed ad cohibendam eorum cupiditatem qui alienas lites exiguo pretio redimere solent, statuit art. 1699 cum contra quem cessum fuit jus litigiosum valide liberari si cessionario restituat quod iste solvit cedenti, cum sumptibus cessionis gratia factis et auctuario pretii a dictæ cessionis die. Per hanc dispositionem, seu per hunc *retractum* ex parte debitoris, ut observat DUVERGIER, n° 356, lis præcavetur, et consulitur omnium juribus, sive cedentis ad quem nil interest quid ex cessione percipiat cessionarius, sive cessionarii qui solutum recuperans conqueri non debet, sive debitoris qui libere egit quod sibi opportunum judicavit. Refert DELVIN COURT, *Notes*, p. 171, judicasse

Curiam supremam, hanc dispositionem restringendam esse ad jura incorporea, nec posse applicari venditioni bonorum immobilium. Verum propugnant alii, immerito afferri hanc restrictionem : cum enim lis mota est de bono immobili, vere venditur ex supra dictis *dubius litis even-tus*; porro illud est jus incorporeum, ad quodcumque objectum deinceps referatur. Vid. TROPLONG, n° 1001; DUVERGIER, n° 379.

Afferuntur tamen quædam exceptiones, seu adsunt aliqui casus in quibus locus non est præfato retractui; quia nempe in iis constat emptorem motum non fuisse cupiditate, aut spiritu vexationis erga debitorem, sique cessat motivum legis. Tres casus indicat art. 1701, et quosdam addunt auctores. 1°. Locus non est retractui, si jus litigiosum co-hæredi vel co-proprietario cessum fuerit. 2°. Si cessio facta fuerit creditori in solutionem debiti. 3°. Si in favorem possessoris boni litigiosi. 4°. Si cessio facta fuerit titulo donationis. Quamvis de eo casu non loquatur articulus, eum admittunt omnes; quia, dummodo omnino libera fuerit donatio, satis patet non applicari motivum legis. Insuper quomodo posset tunc debitor restituere quod solvit cessionarius? Ita TROPLONG, n° 1009. Sed satius est dicere cum DUVERGIER, n° 388, hanc non esse exceptionem, sed casum donationis remanere omnino extraneum dispositioni quæ nonnisi pro venditione lata est. Difficultas esse potest tantummodo pro casu quo cessio fit partim titulo donationis, partim titulo venditionis, vel quo donationi annectitur aliquod onus : vid. TROPLONG, n° 1009 et 1010, et præsertim DUVERGIER, *loc. cit.* 5°. Demum si jus litigiosum non sit objectum directum cessionis, sed in ea includatur tanquam accessorium rei non litigiosæ venditæ, locus non adest retractui, quia tunc etiam non applicatur motivum legis : TROPLONG, n° 1011; DUVERGIER, n° 397.

## ART. VII. DE VENDITIONE PER AUCTIONEM PUBLICAM. 423

§. 3. *De auctione publica*, (vente aux enchères).

756. *Eo nomine designatur venditio in qua res vendenda per præconem proclamatur, uniuscujusque licitatio admittitur, et ultimæ licitationi res addicitur. Vocatur *actio*, quia posterior adauget pretium prioris. Passim etiam dicitur *subhastatio* seu venditio *sub hasta*, et *licitatio*. Hæc tamen verba, si rigore et in sensu legum sumantur, non eundem omnino sensum habent. Per licitationem, præsertim per vocem Gallicam *licitation*, intelligitur venditio rerum hæreditariarum vel communium quæ fit inter cohæredes vel socios, sive admissis sive exclusis extraneis, quando hujusmodi res commode dividi nequeunt. Per *subhastationem* intelligitur venditio facta auctoritate judicis, rerum sive mobilium sive immobilium debitoris qui æri alieno satisfacere noluit aut non potuit, ut ipsius creditoribus satisfiat. Dicta est eo nomine ab hasta quæ erat apud Romanos insigne auctoritatis publicæ in tali venditione intervenientis.*

Porro hic non agimus præcise de licitatione aut subhastatione sic rigore sumptis: quædam de iis observare sufficiet.

*Licitatio* alia est *voluntaria*, quæ fit coram notario tantum, nec ulli speciali formæ subjicitur; sufficit ut omnes quorum interest sint sui juris, et inter se consentiant. Alia est *judiciaria*, quæ fit coram tribunali, juxta formas sancitas art. 815 et seq. codicis Civilis, et art. 966 et seq. codicis Judicialis. Discrepant illæ licitationis species, non solum ratione formarum, sed quia in licitatione judiciaria statim ac pronuntiata est adjudicatio res perfecta est, nec expectanda est partium subscriptio; TROPLONG, n° 872: dum in licitatione voluntaria, quamdiu inter proprietarios et extraneum qui majus pretium offert non convenit, venditio non est perfecta; ita, post judicium Curix supremæ,

TROPLONG, n° 868; DURANTON, n° 474; quod tamen nonnisi valde repugnanti animo admittit DUVERGIER, n° 141, quia aliud postulare videretur fides semel obligata. Discrepant etiam in eo quod in licitatione voluntaria non admittantur extranei, nisi omnes proprietarii consentiant; DUVERGIER, n° 140: dum in judiciaria, si unus e proprietariis illud expostulet, vel sit minor, necessario admittendi sunt; art. 1687. Quod spectat autem ad licitationis naturam, distinguendum est an res adjudicetur uni e proprietariis, an extraneo: in priori casu, est mera partitio, et applicandæ sunt regulæ statutæ art. 883 et seq. codicis Civilis; in posteriori, est vera venditio, et regulis venditionis subijcitur: DELVINCOURT, *Notes*, p. 176; DURANTON, n° 483, 484; TROPLONG, n° 876; DUVERGIER, n° 144 et seq.

*Subhastatio*, quæ vocatur etiam *Vente forcée*, pro objecto habere potest bona vel mobilia, vel immobilia debitoris. In priori casu, vel respicit summas aut objecta ad debitorem pertinentia et in manibus tertii exstantia, et dicitur *Saisie-arrêt*, vel *Opposition*; art. 557-582 codicis Judicialis: vel objecta quæ sunt penes ipsum debitorem, et dicitur *Saisie-exécution*; art. 583-625: vel fructus e solo pendentes, et dicitur *Saisie-brandon*; art. 626-635: vel demum census a privatis erga debitorem constitutos; art. 636-655. In posteriori casu, proprie vocatur *Expropriation forcée*: de ea principia quædam generalia statuit codex Civilis, art. 2204-2217; cætera ordinantur in codice Judiciali, art. 673-748. Hæc omnia jurisperitis exponenda relinquimus.

757. Stantes ergo in iis quæ spectant ad auctionem publicam generationi sumptam, agendum habemus de pretio, et de conditionibus requisitis.

I. *De pretio*. Agnoscunt communiter auctores rem posse licite pluris vendi aut minoris emi quam secundum se va-

leat, aut quam venderetur vel emeretur alibi. Ratio est, quia tunc pretium non petitur ab opinione vulgi, sed constituitur per ipsos licitantes; idque pro justo habet auctoritas publica, et ut tale apprehendit communis sensus hominum, ea præsertim causa quod vendens et emens, æquali periculo lucri et damni se committentes, libere consentiunt in pretium quod per licitationes constituetur: est contractus aleatorius. Et revera sæpe simile aliquid in nundinis et foris ordinariis contingit, in quibus non servatur semper pretium quod res extra forum haberet, sed per ipsosmet ementes constituitur, ita ut modico tempore sæpe in eodem foro crescat aut decrescat.

758. II. *De conditionibus.* Ut pretii eo modo constituti justitia salvetur, debet abesse omnis fraus; ideoque variæ requiruntur conditiones, tum ex parte venditoris, tum ex parte emptorum, tum ex parte officialium seu præconum.

1°. Ex parte *venditoris*, lædatur justitia, 1. si post prænuntiatam venditionem per affixionem schedularum aut catalogum rerum venalium, exponat unam rem pro altera, defectuosam pro integra: decipit enim licitatores.

2. Si per se vel per fictos emptores licitet, ut pretium augeatur: tunc enim soli emptores incurrunt periculum carius emendi, ac proinde tollitur æqualitas cui innititur justitia talis venditionis. Ita communiter docent auctores, teste S. LIGUORI, n° 808.

3. Si venditor rem retrahat quia videt non offerri nisi pretium longe inferius pretio ordinario, videtur, attenta hujus venditionis natura, injustitiam committi. Etenim, ut bene exponit BILLUART, art. IV, §. IV, p. 161, emptores publice convocati ad auctionem, acquirunt quoddam jus ad rem venalem, quatenus fit stipulatio tacita ut cedat plus offerenti; jus illud quodammodo augetur quando incepta est licitatio; ergo ipsis injuria infertur, si res retrahatur. Et vero emptor pretium semel oblatum revocare



non potest; ita apprehendit sensus communis hominum, alioquin emptores facile sibi invicem nocerent, augendo pretium absque intentione emendi: ergo nec venditor potest rem suam retrahere; illud postulat æqualitas inter contrahentes. Tandem potest contingere ut venditor ultra pretium ordinarium obtineat; ergo par est ut subeat periculum vendendi infra.

Attamen, pergit idem auctor, attento usu universali contrario, quid sit resolvendum vix scio. Durum enim videtur damnare injustitiæ praxim quam universaliter tenent docti et indocti, etiam pii et timorati, absque ullo scrupulo; et quod plus est, sæpe coram ipsis iudicibus non contradicentibus. Dicendum videtur in hoc puncto standum esse ordinationi auctoritatis publicæ, et consuetudini universaliter receptæ, modo de ea bene constet. Nam ex una parte, mirum non est, nec injustum, quod auctoritas faveat venditoribus, qui ordinarie ad hunc vendendi modum non recurrunt nisi ex indigentia et necessitate compulsi; ex altera parte, semel posita consuetudine, injuria non fit emptoribus, qui parati ipsimet data occasione idem facere, cedunt jure suo, in quantum opus est. Ita, quamvis subdubitanter, idem Billuart; et magis assertorie DAELMAN, quæst. III, obs. v, p. 198, quem citat et sequitur COLLET, n° 99, p. 139; D. BOUVIER, p. 309; LOGEROT, p. 251. Et revera in quibusdam auctionibus quæ auctoritate publica fiunt, ut dicitur, *par voie de soumissions*, videmus prævie declarari in quodam scripto obsignato pretium ultra aut infra quod non admittetur addictio.

Sed nonne exinde sequetur ipsum venditorem posse per se aut per fictos emptores licitare, cum hæc sit praxis satis universalis? Hic hærent aquæ, ait Billuart; probare nolo, damnare non audeo. Hanc difficultatem a præcedenti non distinguunt D. Bouvier et Logerot. Quod ipse

venditor licitare possit, sponte sequi videtur ex eo quod rem retrahere possit : sed quod fictos emptores adhibeat, videtur nimis fraudulentum quam ut excusari possit, cum id tendat ad decipiendum emptores sinceros, et sic iis injuriam inferat.

759. — 2°. *Ex parte emptorum.* 1. Si unus, aut quidam alios impediunt a licitando, adhibita vi, fraude, aut aliis viis injustis, dubium non est quin injustitiam committant : venditor enim jus habet ut cuilibet relinquatur libertas licitandi. Sed si nullam vim aut fraudem adhibeant, et utantur tantum precibus et quidem non nimium importunis, non ita constat. Multi dicunt non violari justitiam, quia libertas licitandi non tollitur, nec proinde læditur jus vendentis : hujusmodi emptor utitur tantum sua diligentia ut sibi consulat. Hanc esse comunissimam opinionem ait S. LIGUORI, n° 808 : eam sequitur D. BOUVIER, p. 309. Contrarium tamen dicunt non pauci ; ita LESSIUS, n° 147 (de cujus tamen mente non constat), quem citat et sequitur *Collat. Ambianens.*, p. 49, 50 : quia venditor jus habet ad pretium quod determinabitur ex concursu licitantium qualis naturaliter fiet.

2. Si emptores inter se paciscantur de non licitando, vel non ultra quoddam pretium determinatum et infimum, multo plures dicunt violari justitiam, quia per hujusmodi pactum tollitur libertas licitationis, sicque læditur jus vendentis ; præsertim si agatur de venditione in qua non possit venditor rem suam retrahere. Ita S. LIGUORI, n° 808, qui judicat aliud esse simpliciter rogare, aliud pacisci ; D. BOUVIER, *ibid.*

Observat tamen *Collat. Ambianens.*, p. 51, quasdam esse societates mercatorum qui nonnisi conjunctim emunt, ut postea vendant. Quamvis illæ societates videantur quoddam monopolium exercere, non ideo tamen condemnari debent : tum quia ordinarie non impediunt quin multi alii

adsint licitatores; tum quia, cum occulte non licitent, et communiter perspectum sit ideo ab iis emi ut denuo vendant, eorum præsentia potius prodest, quam nocet venditioni, quia alii judicant rem tanti saltem valere quanti ab illis offertur.

Ait pariter D. BOUVIER, *ibid.*, si plures fratres vel amici idem objectum sincere desiderantes, paciscantur unum tantum licitaturum, ut rem deinde inter se amice componant, se difficile eos damnaturum esse tanquam reos violatæ justitiæ commutativæ: durius enim foret exigere ut contra seipsos licitarent; haberi possunt velut quædam commercii societas, cujus membra non debent contra se invicem licitare. Verum iste casus valde differre videtur a præcedenti, neque eædem omnino applicari possunt rationes.

Inter hæc omnia, ex simplici opinionum expositione patet 1°. in casu doli aut fraudis non esse difficultatem. Porro existimamus cum VERNIER, n° 475 (c), in eo casu versari eos qui pecuniæ summam dant aut promittunt cæteris ut a licitando abstineant, ut sæpe evenit. Tunc qui summam recepit videtur probabilius teneri eam reddere venditori, quippe quæ videatur pars pretii, quod eadem proportionem imminui debuit; aut certe aliis emptoribus, si solum simulavit se velle licitare. Illi insuper qui sic pacti sunt videntur teneri restituere venditori secundum spem prudenter æstimatam, quod, seclusa fraude, pluris, et in quantum pluris vendidisset, demptis tamen summis restitutis ab iis qui a licitando ob eas abstinuerunt, si forte restituerint, quod ad minus valde dubium est. Ita ille, qui addit laxius dici vendentes has omnes fraudes cognoscere, et eis se subicere. 2°. Extra casum doli, difficillimum est aliquid certi statuere: nec apud auctores occurrit cum sufficienti præcisione determinatum, quid sit injustum, necne. Libenter in his omnibus casibus proficisceremur ex isto

ejusdem auctoris principio : « Qui vendit sub hasta, vide-  
 « tur jus strictum habere, ut, etiam absque vi aut fraude,  
 « non invertatur nec turbetur in sui detrimentum ordo  
 « fori hujus extraordinarii. Quoties ergo id fit, ipso ra-  
 « tionabiliter invito, violatur jus ipsius strictum, modo  
 « ad omnia damna reparanda obligationem inducente. »

3°. *Ex parte officialium* seu præconum, læditur justitia, si auctionem instituunt eo tempore quo sciunt paucos futuros esse emptores, ut nempe amicis faveant; si citius aut tardius rem adjudicent quam fieri solet et convenit; vel alia hujusmodi media adhibeant, quibus vel venditori damnum inferatur, vel uni e licitantibus in aliorum detrimentum favor præstetur.

#### §. 4. *De venditione per proxenetas.*

760. Proxenetæ, gallice *courtier, commissionnaire, entremetteur*, ille dicitur cui aliquid pro altero vendendum aut emendum committitur. Potest autem ita agere diverso titulo : vel titulo amici; vel tanquam famulus ad opera annuo pretio conductus; vel demum tanquam ad speciale negotium soluto salario adhibitus.

Hoc posito, duo præsertim hic expendenda occurrunt : quædam alia occurrent ubi *de Mandato*.

I. *Utrum proxenetæ qui rem vendit supra, aut emit infra pretium sibi designatum, possit excessum aut residuum sibi retinere?*

Docent communiter theologi, inquit BILLUART, art. XII, p. 202, regulariter id non posse. Nam vel egit ut amicus, et tunc renuntiavit mercedi; vel ut famulus, et is tenetur operam suam præstare ratione stipendii annui; vel tanquam speciali salario conductus, et debet esse eo salario contentus. Neque titulum ei confert determinatio facta a mandante : is enim voluit limitem pretii assignare, non vero mandatarium eximere a cura rem ipsius meliori modo

gerendi, si posset. Idem docent jurisperiti ubi de *Mandato*: vid. DURANTON, t. XVIII, n° 233.

Dixi *Regulariter*, quia assignantur nonnulli casus in quibus excusari potest proxeneta partem pretii retinens.

1°. Si per curam suam rem melioraverit, vel si ad vendendum majori pretio aut emendum minori usus sit diligentia extraordinaria, qualis nec debetur mandanti, nec ab eo exigí solet, v. g., rem transferendo ad locum remotum, etc.: tunc enim justum titulum habet ad aliquid retinendum. Sed observant DE LUGO, n° 150, et alii quos sequitur S. LIGUORI, n° 825, ipsum non habere jus ad totum augmentum, sed solum ad pretium sui laboris, quia cum nomine alterius negotium egerit, res domino fructificavit.

2°. Si dominus expresse vel implicite concesserit, declarans se non exigere nisi pretium a se determinatum. Sed monent auctores caute procedendum esse, et bene expendendum quid intenderit dominus. Juxta plures, sæpe colligetur talem esse domini intentionem ex eo quod stipendium non assignaverit: quod verum esse potest, si proxeneta nec aliunde stipendium habeat, nec censeatur promittere officium gratuitum.

3°. Si rem sibi emerit pretio per dominum determinato, et postea majori pretio vendiderit, dicunt multi eum posse excessum sibi retinere. Sed duas vulgo requirunt conditiones: prima est, ut, adhibita morali diligentia, non inveniré pretium majus; quia id exigere censetur dominus, nisi contrarium declaraverit, quod recideret in alium casum mox expositum. Secunda, ut vere emat, et non tantum ficté, adeo ut subeat rei periculum, et si forte eam tanti non vendat, reddat nihilominus domino pretium determinatum. His positis conditionibus, quamvis hæc agendi ratio aliena videatur ab intentione domini, non includit tamen injustitiam. Sed monent auctores sæpe in praxi deesse has condiciones, ideoque caute procedendum esse.



761. II. *Utrum qui emunt pro aliis*, v. g., sartores qui emunt pannum ad conficiendam alicui vestem, architriclini aut famuli qui cibaria emunt pro dominis suis, etc., *possint aliquid a mercatoribus accipere*, vel ipsi *pretium majus quam solverunt exigere*, quia imminutio fit intuitu ipsorum, quatenus nempe mercatores ut eos alliciant, vel quia frequentius ad se recurrunt empturi pro variis mandantibus, asserunt se iis minori pretio vendere?

Praxim illam, quamvis satis communem, damnat *Collat. Ambianen.*, p. 84. — 1°. Plerumque falsum est eos minori pretio emere: mercatores alia via se recuperant, vel aliis eodem pretio concederent. 2°. Si illud admitteretur, janua pateret fraudibus et dolo. 3°. Licet revera illi proxenetæ minori pretio emerent, non ideo possent aliquid sibi retinere: tum quia eliguntur ob eam industriam; tum quia non tam propter ipsos, quam quia sæpe adhibentur, ac proinde in gratiam mandantium fit imminutio. 4°. Nec prætereundum est, tempus quod in hujusmodi emptionibus insumunt: opifices non amittunt tempus notabile; deinde compensationem inveniunt in pretio sui operis; tandem si cognita fuisset illa dispositio, ad alios recurrisset mandans.

Paulo indulgentior est BILLUART, art. XII, p. 203. Advertit tamen timendam esse fraudem; unde concludit quod, licet factum forte non damnet, faciendum tamen ægre consuleret. Vid. etiam S. LIGUORI, n° 826.

Inter hæc, solutio multum pendere videtur a circumstantiis.

1°. Si agatur de famulis, nihil retinere possunt: tum quia imminutio fit, non intuitu ipsorum, sed quia multum emunt, ac proinde in gratiam domini, ut bene evolvit COLLET, n° 371, p. 221, 222, ubi testatur se ea de re plures consuluisse; tum quia ratione officii sui, et stipendii quod accipiunt, tenentur rem domini quo meliori modo poterunt gerere. Facilius tamen excusari possunt,

si munuscula quædam ab iis mercatoribus recipiant : item si domini, ut evenire potest apud divites et magnates, id cognoscant et consentiant. Sed illud est semper valde periculosum.

2°. Si agatur de proxeneta qui, eo quod pro pluribus emat, viliori emit pretio, res difficilior evadit. Ex una parte, quidam dicunt dominum non posse exigere ut potius hic quam illic emat, neque jus habere ad imminutionem, eo quod proxeneta emat pro illo in officina in qua emit pro aliis, ut notat COLLET, p. 221, n° 370. Ex altera, non omni robore carent rationes allatæ ex Collatore Ambianensi : et dici potest dominum merito expectare ut proxeneta emat meliori quo moraliter poterit modo. Nobis distinguendum videtur pro variis casibus. 1. Si pars pretii quam sibi tribuit proxeneta censeatur esse illius stipendium, potest sane retinere. Sic bibliopolæ, et alii multi mercatores solent facere, nec illud ignorant qui ad eos recurrunt. 2. Si aliunde salarium ipsi detur, non potest retinere : eligitur enim cum sua industria et propter illam ; neque duplici via debet obtinere mercedem sui laboris. 3. Si vel expresse, vel implicite se offerat tanquam beneficium gratis præstiturus, nihil potest retinere, quia postquam salario renuntiavit mandantem deciperet, qui eum elegit cum sua industria.

Cæterum monent omnes auctores in præsentī materia satius esse stringi habenas, quam laxari ; et multa semel facta tolerari posse, quæ nequaquam permitti possunt facienda.

*Nota.* Peccant sane contra justitiam proxenetæ, quando mandantes decipi sinunt, vel in pretio, vel in rei qualitate ; *Collat. Ambianens.*, p. 86 : desunt enim officio suo. Unde, ut concludit idem auctor, tenentur ad restitutionem pro omnibus lucris injustis quæ vel ipsi, vel vendentes, eo modo fecerunt.

## CAPUT IV.

## DE PERMUTATIONE.

762. Permutatio, gallice *échange*, venditioni proxima est, huicque dedit originem, ut dictum est (n° 655). Hodie multo rarioris est usus apud nos : quamvis tamen adhuc inserviat in commercio cum gentibus exteris apud quas non permittitur exportatio pecuniæ, et utiliter adhiberi posset quoad bona immobilia ad tollenda incommoda quæ ex nimium multiplicatis proprietatum particulis oriuntur, prout evolvit TROPLONG, in *Præfatione* Commentarii ad hunc Codicis titulum, p. I-XIV. Hinc paucissima de hoc contractu statuuntur : legislatori satis fuit principii loco ponere huic applicari dispositiones latas de venditione, et indicare exceptiones huic principio afferendas.

Ex his intelligitur quæcumque permutationem respiciunt ad tria reduci posse : quænam sit hujus natura ; quatenus conveniat cum venditione ; quatenus ab ea differat.

763. I. *De permutationis natura.* Est contractus quo duo contrahentes sibi invicem dant rem unam pro altera ; art. 1702.

Dicitur 1°. *Sibi dant*, vel, ut exponunt jurisperiti, *Se obligant ad dandum* : quia apud nos non requiritur, quemadmodum requirebatur in jure Romano, rei traditio, sed contractus solo consensu perficitur, eodem modo ac venditio ; art. 1703. In jure Romano, conventio sola habebatur ut nudum pactum civiliter non obligatorium ; per executionem ex una parte inchoabatur contractus, et per executionem ex altera perficiebatur : vid. POTHIER, *Vente*, n° 621. Sub jure nostro, non vigent hujusmodi distinctiones ; sed per solum consensum, etiam ante traditionem, transfertur dominium : vid. DURANTON, t. XVI,

n° 542; TROP LONG, *Échange*, n<sup>is</sup> 2, 3, 14; DUVERGIER, *Continuat. de Toullier*, t. II, n° 402.

2°. *Invicem*, quia est contractus bilateralis, et commutativus. Hinc, ut advertunt jurisperiti, ratione illius reciprocity dici potest utrumque esse simul venditorem et emptorem, quemadmodum dici potest utramque rem esse simul mercem et pretium.

3°. *Rem*, scilicet diversam a pecunia, quia si ex una parte daretur pecunia, jam foret venditio, ut antea exposuimus (n° 678). Plerumque permutatio fit in rebus ejusdem speciei: sed nihil vetat eam fieri in rebus diversis, v. g., ut res immobilis detur pro mobili, etc.: vid. TROP LONG, n° 4, p. 8, 9. Si autem res una sit majoris valoris quam altera, tunc inæqualitas compensatur per summam pecuniæ, quæ dicitur *Soulte*, *Retour*: quæstio est, an ibi agnoscenda sit venditio, an permutatio, an utraque simul? — Olim ea de re movebatur controversia satis gravis momenti, quia retractus gentilitius locum habere poterat in venditione, non autem in permutatione. Hodie idem dignoscere interest, ut determinetur an adsit locus rescissioni ob læsionem. Porro olim variæ erant consuetudinum dispositiones. Nunc autem, cum nihil expresse sancitum fuerit, si ex circumstantiis non innotescat quid præcise intenderint contrahentes, dicendum videtur adesse venditionem vel permutationem, prout pretium ab uno solvendum est majoris vel minoris momenti quam res ab ipso tradenda. Ita DUVERGIER, n° 406; DURANTON, n° 547; TROP LONG, n<sup>is</sup> 5, 6. Cæterum ubi agitur de tributo solvendo (*du droit d'enregistrement*), reputatur venditio quoad pretium ab uno debitum, permutatio vero quoad reliquum; *ibid.*, n° 7, et n° 43, *Note*.

4°. *Unam Pro altera*, quia ad permutationem requiritur ut una detur intuitu alterius, et tanquam illius æquivalens: si enim duo amici sibi invicem rem aliquam dent,

non habito respectu valoris rei utriusque, est donatio mutua, non permutatio; POTHIER, n° 618; DUVERGIER, n° 407. Requiritur insuper ut uterque contrahens se obliget ad rem dandam; si enim unus se obligaret ad dandum pretium, sibi reservans facultatem dandi rem in locum pretii, jam non esset permutatio, sed venditio conjuncta cum *datione in solutum*; POTHIER, n° 617; DUVERGIER, n° 403. Vid. etiam TROPLONG, n° 9.

Hinc olim in jure nostro receptum erat, inquit DUVERGIER, n° 427, rem sūmere naturam illius rei cujus loco datur: *Subrogatum capit naturam subrogati*. Vid. POTHIER, n° 629. Regula illa magni erat momenti, cum multæ forent legum dispositiones omnino diversæ pro diversa bonorum natura. Sed, ut explicat Pothier, intelligi non poterat nisi de dotibus extrinsecis, id est, de iis quæ res permutata amittit per alienationem, non vero de dotibus quæ rei inhærentes eam sequuntur ubique. Hodie per codicem Civilem sancitur hæc regula quoad bona dotalia, vel alterutri conjugum propria in matrimonio; art. 1407 et 1559. Vid. TROPLONG, n° 11-13; TOULIER, t. XII, n° 147 et seq., et t. XIV, n° 221-223.

764. II. *Quatenus permutatio conveniat cum venditione*. Ex art. 1707, omnes regulæ venditionis applicari debent permutationi, nisi aliud per legem statuatur. Valent ergo quoad permutationem ea quæ aptea exposuimus quoad traditionem rei, quoad assecurationem sive contra evictionem, sive contra vitia redhibitoria, etc. Præcipua analogiæ capita indicat TROPLONG, n° 31-43. Satis erit nonnulla observare de quibusdam, quæ explicatione indigere possunt.

1°. Quemadmodum irrita est *rei alienæ* venditio, ita et permutatio. Ex ipso jure Romano, quamvis venditor non se obligaret præcise ad transferendum rei dominium, aliud statuebatur in permutatione, ubi res simul mercis et pretii locum tenet: vid. POTHIER, n° 621. Idem proinde a fortiori



hodie admittendum est : irrita est permutatio, si alteruter pactus fuerit de re aliena. Hinc plura sequuntur consecutaria.

1. Si res sint adhuc integræ, et ex neutra parte facta fuerit traditio, ille qui detegit et probat rem ab altero promissam esse alienam, potest eam non recipere, nec consequenter suam tradere : DUVERGIER, n° 411.

2. Si jam rem acceperit, non tenetur rem quam ex parte sua promiserat tradere, sed tantum rem acceptam restituere ; art. 1704.

3. Si traditio ex utraque parte jam facta fuerit, potest pariter postulare nullitatem contractus, et rem suam recuperare. Illud sequitur ex principio posito, et admittunt jurisperiti, qui observant a pluribus immerito supponi quod Curia suprema aliud pronuntiaverit : DURANTON, n° 544 ; DUVERGIER, n° 413 ; TROPLONG, n° 23. Sed advertunt ex una parte, in præsentī casu sicut et in præcedenti non applicari decisionem, nisi vere probetur rem esse alienam ; si enim adsit dubium, expectandum erit donec excutiat ; TROPLONG, n° 21, 22 : ex altera parte, obtineri non posse rescissionem si res facta fuerit postea propria tradentis, vel si alio modo contigerit, ut jam timenda non sit evictio, prout jam de venditione diximus (n° 671) ; DUVERGIER, n° 414 ; TROPLONG, n° 35.

4. Demum qui ex re accepta evincitur potest pro arbitrio vel postulare compensationem damnorum, vel rem suam repetere ; art. 1705. Agnoscunt jurisperiti permutantem qui rem suam repetit posse simul exigere ut compensentur damna sibi illata, v. g., sumptus contractus, et alia quæ ex art. 1630 debentur emptori a venditore in casu evictionis : hæc sunt veluti damna accessoria, dum compensatio de qua in priori parte articuli 1705 intelligitur de ipso rei valore. DURANTON, n° 545 ; DUVERGIER, n° 416 ; TROPLONG, n° 24.

Sed controvertitur utrum, si res sua immobilis in possessionem tertii transierit, possit eam repetere ?

Negant DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 184; FAVARD, *Répert.*, vº *Échange*, nº III, t. II, p. 255 : allegant decisionem juris Romani, silentium articuli 1705, et impossibilitatem in qua versatus est ille tertius cognoscendi utrum alter permutans posset evinci. Verum affirmant, et merito, ut videtur, DURANTON, nº 546 ; DUVERGIER, nº 417 ; TROPLONG, nº 25 : nihil enim concludi potest ex dispositione juris Romani, ex quo non admittebatur clausula resolutoria tacita, quæ ex art. 1184 inest contractui : nihil etiam ex silentio articuli 1705, quia sufficiebat art. 1707 collatus cum art. 1654 : tandem optime potuit ille tertius de quo agitur scire utrum permutans a quo rem accepit eam possideret titulo irrevocabili. Igitur, pergit TROPLONG, nº 26, permutans evictus recuperabit rem suam, et quidem ab hypothecis et oneribus interim impositis liberam, prout diximus *de Venditione* (nº 730).

2º. In venditione *sumptus contractus* ab emptore solvi debent; art. 1593 : cum in permutatione quilibet e permutantibus censeatur emptor, sumptus inter utrumque dividuntur, nisi aliter conventum fuerit. Ita TROPLONG, nº 43 ; DUVERGIER, nº 425.

765. III. *Quatenus permutatio differat a venditione.* Discrimen inter utrumque contractum repetendum est ex parte pretii, quod venditioni essenziale est, deest autem in permutatione. Exinde oriuntur, inquit DUVERGIER, nº 409, 422, omnes rationes discriminis quæ afferri possunt. Quando igitur determinandum est utrum applicari debeat principium generale articuli 1707 mox expositum, an vero afferri exceptio, videndum an regula de qua transferenda ex venditione ad permutationem agitur supponat existentiam pretii, necne.

Unum est de quo speciatim statuit art. 1706, nempe de rescissione ex causa læsionis. Olim in permutatione sicut in venditione admittebatur, quamvis nec ab omnibus, nec

sine quibusdam modificationibus. Hodie vero ex prædicto articulo locum non habet. Revera quemadmodum ex art. 1683 non permittitur in gratiam emptoris, ut vidimus (nº 684), ita nec permitti debuit in permutatione. Ideo enim admittitur in gratiam venditoris, quia sæpe ex necessitate compellitur ad vendendum: hæc autem ratio, sicut non verificatur quoad emptorem, ita nec in permutatione: emptor qui allegat se solvisse pretium superius valori rei emptæ, non ex necessitate, sed potius ex affectu peculiari ad rem sibi traditam contractum iniisse præsumitur; similiter permutatio fit plerumque, ut dicitur, *par des motifs de convenance réciproque*, ideoque non præsumitur læsio. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 184; DURANTON, nº 547; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 423, 424; TROPLONG, nº 27. Observant tamen illi auctores, aliud dicendum fore, si fraudulenter venditio sub permutationis specie obtegeretur; si nempe res accepta tam modici valoris esset in ordine ad contractum, ut manifestum evaderet simulatam tantum fuisse permutationem ad impediendam rescissionem causa læsionis. Pariter si ex una parte adfuerit dolus aut vis, potest profecto altera pars contractus rescissionem petere. Imo in foro interno, cum in permutatione sicut in venditione requiratur æqualitas, si læsa fuerit, resarcienda est, ut diximus de venditione (nº 687).

Simili fere ex causa, quamvis doceat POTHIER, nº 624, quem sequitur TROPLONG, nº 34, ea quæ statuuntur circa mensuram rei venditæ (vid. supra nº 711) applicanda esse permutationi, observat DUVERGIER, nº 426, apponendum esse quemdam huic applicationi modum: plerumque enim permutatio fit ex affectu contrahentium, ac proinde censetur facta *ad corpus*, ut dicitur, potius quam *ad mensuram*; videndum ergo erit ex circumstantiis quænam fuerit intentio contrahentium.

## CAPUT V.

## DE LOCATIONE-CONDUCTIONE.

766. Non raro evenit ut dominus rei nolit quidem hujus dominium omnino abdicare, velit tamen sui juris exercitium per aliquod tempus ad alium transferre : sæpius etiam vult aliquis per aliquod tempus re aliqua frui, nec tamen potest aut vult hujus dominium acquirere. Hinc ortus est contractus locationis, qui, ut dicitur in jure, venditioni proximus est; in eo tamen præsertim differt, quod in venditione dominium transferatur, in locatione duntaxat usus rei concedatur; ex quo et aliud oritur discrimen, quod venditio titulus perpetuus esse soleat, locatio vero temporalis. Vid. DUVERGIER, *Continuat. de Toullier*, t. III, n° 1; et, si velis hujus contractus historiam philosophicam, seu potius œconomico-politicam, TROPLONG, *Louage*, *Præfat.*, p. XIV-CXII.

Sicut apud jurisperitos, ita et in codice Civili duplex distinguitur locationis species, locatio rerum, et locatio operum; art. 1708 : et utriusque seorsim profertur definitio, art. 1709, 1710. Si velimus generalem definitionem habere, quæ utramque speciem complectatur, hæc præsto est : *Contractus de usu rei ad certum tempus, vel de opera, pro certa mercede præstandis*. Dicitur *De usu rei præstando*, quia non id agitur, ut dominium transferatur, ut in venditione, nec ut custodiam alter suscipiat, ut in deposito; sed ut usum habeat conductor. Sequitur *Vel de opera*; quod intelligendum saltem de ea quæ æstimationem recipit, quales sunt operæ illiberales, et quæ manu præstari possunt : an ad alterius naturæ operam extendi possit, postea expendemus (n° 801). Denique subjungimus *Pro certa mercede*, quia si merces nulla est definita, sed gratis res ad certum usum conceditur, non locatio est, sed commo-

datum. Ita HEINECCIUS, *Recitat.*, §. 916. Hæc in decursu magis evolvuntur. Hic tamen advertere juvat duas locationis species, quamvis ad unum genus referantur, non posse omnino inter se æquiparari: cum enim altera pro objecto habeat res externas, altera vero laborem et industriam seu aliquid personale, facile concipitur exinde haud exiguum oriri discrimen; sic in uno casu contrahitur *obligatio dandi*, cujus executio exigi potest, ut dicunt jurisperiti, *manu militari*, in altero autem *obligatio faciendi*, cui applicatur axioma, *Nemo ad factum cogi potest*. Vid. TROP-LONG, t. III, n° 787; DUVERGIER, n° 47, 48.

Quemadmodum venditio et emptio sunt unus et idem contractus, ita et ille de quo agimus, qui ex parte locatoris dicitur *Locatio*, ex parte autem locatarii seu conductoris dicitur *Conductio*. Locator, gallice dicitur *le Bailleur*, locatarius vero *le Preneur*. Sed quando agitur de locatione operum, non ita patet quis dicendus locator, quis locatarius seu conductor. Non consentiebant ea de re jurisperiti, quorum opiniones recenset HAUNOLDUS, t. IV, tr. X, n° 436: hodie dicendum videtur locatorem esse eum qui præbet operam, quemadmodum eum qui rem præbet; conductorem vero eum qui fructum percipit ex opera et pretium solvit, quemadmodum eum qui re fruitur. Ita deduci potest ex art. 1710: primum sic exprimebatur ille articulus: *Un contrat par lequel une des parties DONNE quelque chose à faire à l'autre*; postea ex animadversione Tribunatus, dictum est, prout nunc legimus: *Une des parties s'ENGAGE à faire quelque chose*; quæ mutatio satis indicat sensum articuli. Unde dicebat tribunus MOURICAULT (*Code et Motifs*, t. VI, p. 145): « Les soins, les « services, le travail et l'industrie forment la matière du « contrat de *louage d'ouvrage*; voilà ce qu'on y donne à « loyer, voilà ce qu'on y paye. C'est donc le gardien, le « serviteur, l'artisan, l'ouvrier ou l'entrepreneur, qui est



« véritablement le locateur ; celui qui les paye est le véritable locataire ou conducteur ; et c'est mal à propos que, dans les lois et les ouvrages des jurisconsultes, ces qualifications ont été interverties. » Vid. DUVERGIER, n<sup>o</sup> 5, 6 ; TROPLONG, n<sup>o</sup> 64.

767. Duæ locationis species modo assignatæ in plures alias subdividuntur : præcipuas indicat art. 1711 : locationem ædium et bonorum mobilium, quæ dicitur *Bail*<sup>1</sup> à *loyer* ; locationem bonorum ruralium, *Bail à ferme* ; locationem animalium, *Bail à cheptel* ; locationem operum vel industriæ, quæ juxta diversos modos dicitur *Loyer*, *devis*, *marché*, *prix fait* : art. 1711. Imo singulæ illæ species possunt denuo subdividi pro variis modificationibus quæ afferri possunt. Hinc olim multæ vigeant species, quarum plures cum legum recentiorum dispositionibus conciliari non possunt : aliæ in desuetudinem abierunt, sed possent tamen admitti si in pactum deductæ fuissent. De iis vid. DUVERGIER, n<sup>o</sup> 139 et seq.

Declarat præfatus art. 1711 tres ultimas species ibi memoratas subjici regulis specialibus. Exinde innui videretur quoad alias species dari regulas generales. Sed de facto paucissimæ traduntur quæ ut tales exhibeantur. In prima redactione multo plures tradebantur sub titulo generali et quoad omnes locationes ; sed deinde mutato ordine translatae fuerunt sub titulum quibusdam locationibus peculiarem, nec satis apertum est quam intentione facta fuerit illa translatio : unde non modica in quibusdam exoritur confusio, ob difficultatem discernendi quænam præcise regulæ restringendæ sint ad species de quibus loquuntur, quænam ad alias similes extendi possint aut debeant. Vid. TROPLONG, n<sup>o</sup> 103. Sed generatim certum est quasdam esse quæ nonnisi de una specie peculiari loquuntur,

<sup>1</sup> De origine et vero sensu hujus vocis, *Bail*, vid. TROPLONG, n<sup>o</sup> 68.

et quæ tamen possunt nonnullis aliis applicari; et si quædam occurrant species de quibus nihil expresse statutum inveniatur, de iis judicandum erit juxta regulas quæ cum iis analogiam aut similitudinem præ se ferent. Illud eo majori fiducia asseverari potest, quod etiam de nonnullis rebus quarum locationem ordinare intendit legislator vix ullæ exstent dispositiones. *II* ., n° 66.

768. His præmissis, accedendo ad ordinem codicis Civilis, tribus articulis loquemur seorsim de regulis quæ spectant ad locationem rerum, ad locationem operum, et ad locationem animalium.

#### ART. 1. *De locatione rerum.*

769. Locatio rerum definitur : *Contractus quo unus se obligat ad præstandum alteri rei alicujus fruitionem per aliquod tempus pro certo pretio*; art. 1709.

Dicitur 1°. *Ad præstandum alteri rei alicujus fruitionem*, ut indicetur quodnam sit præcise objectum locationis, et quatenus differat ab usufructu qui refertur etiam ad fruitionem. In usufructu transfertur jus ad usum seu fruitionem; unde unico instanti constituitur, et eo constituto jam pericula quæ obstare possunt fruitioni recidunt in usufructuarium: at locationis objectum est ipse usus rei successivus, quasi pro quolibet die; unde fructus civiles, inter quos recensetur pretium locationis, censentur acquiri quolibet die, ex art. 586. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 190, 191. Hinc docent communiter jurisperiti per locationem non conferri, quemadmodum in usufructu, jus in re, seu reale, sed tantum jus personale contra locatorem; item jus illud esse tantum mobile. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 185, 188, 198; DURANTON, t. IV, n° 73, et t. XVII, n° 138, 139; DUVERGIER, t. III, n° 279 et seq. Attamen observavit TOULLIER, t. III, n° 388 et seq., prout jam retulimus in *Tr. de Justitia* (n° 606), hodie ex locatione

conferri veluti quoddam jus in re ; siquidem ex art. 1743, si prædii locati dominium transferatur, etiam titulo particulari, ad novum proprietarium, non ideo conductor privatur jure suo, et contra axioma olim receptum, hodie *Successor particularis tenetur stare colono* : sed non ideo minus admittit Toullier jus conductoris non esse jus reale. Verum ulterius progreditur TROPLONG, n° 4 et seq., p. 74-111. Juxta illum, locator non alienat quidem sicut dans usumfructum partem domini sui, cum id solum agat ut re sua fruatur, et per perceptionem pensionis non tantum rei suæ possessionem retinere, sed etiam re sua ipsa frui intelligatur ; siquidem locatarius non possidet nisi titulo precario, et quasi in domini commodum et lucrum : attamen restringit juris sui exercitium, quatenus jus confert conductori. Cum autem ex præfato articulo jus istud conductoris non referatur tantum, ut olim, ad personam locatoris, sed rem ipsam sequatur in cujuscumque manus transierit, concludendum est esse vere jus reale, pariterque jus immobile, utpote rei immobili inhærens. Hæc omnia fuse evolvit, et alios jurisperitos strenue confutat : sed ipse vice sua refellitur a recentiori auctore, MARCADÉ, *Eléments du Droit civil Français*, t. III, ad art. 526, n° IV, p. 41 et seq. ; ex art. 1743 sequitur jus conductoris referri ad dominum rei conductæ, quicumque sit ; sed est semper jus tantum personale. Quidquid sit, apud omnes constat locationem in pluribus ab usufructu differre, ut aiunt, *a posteriori*, id est, quoad effectus : præcipuas discriminis rationes indicant DELVINCOURT, *Notes*, p. 185 ; DURANTON, t. IV, n° 472 ; DUVERGIER, n° 27 et seq. ; TROPLONG, n° 24.

770. Dicitur 2°. *Per aliquod tempus*, quia locatio fieri nequit in perpetuum. Si quis ergo vellet locare in perpetuum pro quodam pretio annuo, hæc conventio haberetur ut venditio facta pro censu, et ille census esset redimibilis, juxta art. 530 codicis Civilis : PIGEAU, p. 421. Hinc hodie fieri nequeunt locationes quæ olim dicebantur *Bail à*

*cens*, *bail à rente*, etc. : vid. DUVERGIER, n° 204 et seq. Hinc etiam docet DELVINCOURT, *Notes*, p. 185, hodie non subsistere *emphyteusim*, quam non distinguit a locatione quæ dicebatur *Bail à rente*. Verum docent alii jurisperiti, per legem 18-29 aug. 1790, art. 1, abrogatam fuisse solummodo *emphyteusim* perpetuam, et admissam, etiam in posterum, *emphyteusim* quæ non extenderetur ultra 99 annos; imo non declarari irritam, sed solum reductibilem eam quæ terminum illum excederet : nihil autem esse in codice Civili unde concludi possit recedendum esse ab illa legis dispositione, proindeque nihil ob stare quin etiam hodie fiat contractus *emphyteoticus*. Ita DURANTON, t. IV, n° 80; DUVERGIER, n° 154; TROPLONG, n° 50. Cæterum observant contractum illum differre a locatione, non solum ratione durationis, sed ratione jurium quæ conferuntur conductori, et ex quibus deducitur contractum esse quasi medium inter venditionem et locationem : quod ut melius evolvant, multa inquirent de origine et progressu hujusmodi contractus; DUVERGIER, n° 142 et seq.; TROPLONG, n° 31 et seq., p. 139-215. Nihil obstat etiam quin fiat locatio per totam vitam duratura, *Bail à vie*. Olim docebant plerique auctores hujusmodi locationem recidere in usumfructum, et quamvis aliud etiam tunc dicendum fuisse contendat DUVERGIER, n° 29, propugnat TROPLONG, n° 25, standum fuisse usui communi, ac proinde, cum hæc duo vulgo indistincte sumerentur, talem præsumi debuisse intentionem eorum qui præfata verba absque ulla explicatione adhibebant. Hodie vero cum vix unquam instituatur locatio ad vitam, si quis iis verbis uteretur, intelligenda forent de vera locatione, quæ a locatione ordinaria non differret nisi quoad durationem : nisi tamen adderentur quædam clausulæ quibus prætensa locatio in verum usumfructum verteretur; TROPLONG, n° 26. Imo potest fieri locatio non solum ad vitam conductoris, sed etiam plurium successive personarum,

modo tres tantum adsint : ita statuit lex anni 1790 mox citata ; DUVERGIER, n° 202 ; TROPLONG, n° 27. Pariter si fiat ad tempus indefinitum, sed sub conditione casuali, non censetur fieri in perpetuum in sensu quem excludunt leges hodiernæ ; TROPLONG, n° 4, p. 72.

771. Dicitur 3°. *Pro certo pretio*, alioquin esset commodatum, gallice *Prêt à usage*. Pretium illud, quando agitur de locatione bonorum ruralium, gallice vocatur *Canon*. Huic aptari possunt plura ex iis quæ diximus de pretio in venditione : non tamen sine aliquo discrimine.

1. Quemadmodum in venditione pretium debet consistere in *pecunia*, ita juxta multos et in locatione ; nisi tamen agatur de bonis ruralibus, in quibus pretium consistere potest in parte fructuum sive aliquota, sive determinata : ita POTHIER, n° 38, 39, quem sequuntur DURANTON, n° 9, 10, et DUVERGIER, n° 95-98. Alii tamen docent nil tale requiri, sed pretium posse constitui in certis præstationibus in natura, v. g., in parte fructuum, vel in aliis mercibus, etc. Ita DELVINCOURT, p. 94, et præsertim TROPLONG, n° 3, p. 64 et seq., ubi ostendit contrarium ex jure Romano deduci non posse, neque ex jure nostro : requirit tamen ut fructus, sive merces transferantur in dominium locatoris ; alioquin non esset vera locatio ; v. g., « Si forte rem aliquam utendam sive fruendam « tibi aliquis dederit, et invicem a te utendam sive fruendam aliam rem acceperit, placuit non esse locationem et « conductionem, » ut dicitur *Instit.*, l. III, tit. xxv, §. 2<sup>4</sup> : qui textus intactam relinquit quæstionem quam expendimus, sicut et plerique alii qui proferri solent. De his vid. HAUNOLDUS, n° 438 et seq.

Ordinarie pretium locationis consistit in pensione annua, quotannis persolvenda, quemadmodum quotannis perci-

<sup>1</sup> De hujusmodi contractu fuse disserunt POTHIER, n° 458 et seq., et DUVERGIER, t. IV, n° 247 et seq.



piuntur fructus : hinc si conventio ineatur de pretio una vice et simul persolvendo, dubium exortum est an habenda sit ut locatio, an vero ut venditio fructuum. Docebat POTHIER, n° 4, solutionem quæstionis pendere a duratione temporis pro quo initur conventio. Sed, in jure præsertim hodierno, parvi momenti est illa consideratio : dicendum videtur solutionem annuam seu successivam esse de natura locationis ; adeo ut cessio usus pro pretio unico habenda non sit ut locatio, nisi id expresse voluerint contrahentes. Vid. DURANTON, n° 17 ; DUVERGIER, n° 33 ; TROP LONG, n° 22, ubi id confirmat ex auctoritate plurium veterum jurisperitorum.

2. Pretium debet esse *serium*, prout dictum est ubi *de Venditione* (n° 679). Attamen si sit valore usus longe inferior, non ideo datur locus rescissioni læsionis causa : hæc nunquam admissa fuit in isto contractu, ait DURANTON, t. XVII, n° 13. Neque ideo dici potest cum DUVERGIER, n° 103, legislatorem sibi esse contrarium ; non enim est paritas inter utrumque contractum. Læsis conductoris, inquit POTHIER, n° 36, non respicit nisi fructus, qui reputantur inter mobilia, in quibus locum non habet rescissio : insuper conductor, inquit TROP LONG, n° 3, p. 63, *Note*, æquiparatur emptori, in cujus gratiam non admittitur rescissio ; vel si ut venditor habeatur, erit venditor industriæ, rescissio autem ex art. 1674 locum non habet nisi in immobilibus. Sed si adfuerit dolus aut vis, locatio rescindi potest quemadmodum alii contractus. Si autem adfuerit error circa pretium, distinguendum est : si locator crediderit majus pretium quam existimavit conductor, irritus est contractus ; si vero conductor majus crediderit quam locator, valebit contractus, sed pro minori pretio tantum. Ita DURANTON, n° 14 ; TROP LONG, n° 2, p. 58, post POTHIER, n° 51, et jus Romanum, l. 52, ff., XIX, II, *Locati conducti*.

3. Pretium debet esse *determinatum* (n° 680). Adver-

ART. I. DE LOCATIONE RERUM : REGULÆ GENERALES. 447

tunt tamen auctores aliquando, et multo facilius et citius in locatione quam in venditione, contractum executioni demandari, seu conductorem suscipere possessionem et fruitionem antequam pretium fuerit omnino et ultimate determinatum : tunc multo difficilius potest contractus irritus declarari ; et, si determinatio fieri nequeat per viam primum assignatam, ad aliam recurrendum est. Vid. POTHIER, n° 37 ; DUVERGIER, n° 105 et seq. ; TROPLONG, n° 3, p. 70.

772. Sic explicata definitione, nunc exponemus 1°. regulas generales circa locationem rerum ; 2°. regulas quæ respiciunt quasdam tantum locationum species.

§. 1. *De regulis generalibus circa locationem rerum.*

773. Per regulas generales eas intelligimus quæ applicari debent omnibus locationibus, nisi obstet quædam dispositio peculiaris legum. Unde eas exponendo, simul indicabimus exceptiones quæ nobis innotescunt. Possunt autem illæ regulæ ad sex capita referri : 1°. de rebus quæ locari possunt ; 2°. de iis inter quos locationis contractus iniri potest ; 3°. de forma locationis et illius probatione ; 4°. de obligationibus locatoris ; 5°. de obligationibus locatarii ; 6°. de locationis duratione et cessatione.

774. I°. *De REBUS QUÆ LOCARI POSSUNT.* Ex art. 1713, possunt locari omnia bona mobilia aut immobilia. Agnoscunt tamen jurisperiti hanc dispositionem esse paulo nimis generalem. Quædam enim sunt quæ vendi possunt, non vero locari, v. g., res fungibiles, seu quæ primo usu consumuntur : cum enim non possit quis uti iis rebus quin eas destruat, non potest eas domino reddere juxta regulam invariabilem locationis. Ita POTHIER, n° 11 ; DELVINCOURT, *Notes*, p. 186 ; DURANTON, n° 21 ; DUVERGIER, n° 80 ; TROPLONG, n° 83. Excipiunt tamen casum quo res hujusmodi locarentur tantum *ad ostentationem* : cum enim tunc

servari et reddi deberent, nil obstat quin esset vera locatio. Quædam sunt etiam quæ nec vendi, nec locari possunt: v. g., jus usus, art. 631; jus habitationis, art. 636; quæ ideo differunt ab usufructu, qui locari potest, art. 595.

Dubium moveri potest, sicut in venditione, de *re aliena*. Olim res aliena, quemadmodum vendi (n<sup>o</sup> 667, 668), ita et locari poterat: POTHIER, n<sup>o</sup> 20. Juxta HUTTEAU, illius novum editorem, idem hodie admittendum est: tum quia codex Civilis, qui mutavit juris veteris dispositionem circa venditionem, nihil statuit quoad locationem; tum quia id supponunt art. 1725, 1726, 1727. Contradicit quidem DUVERGIER, n<sup>o</sup> 82, cui videtur irritus contractus, cum conductor non intenderit se obligare, nisi in quantum locator se obligabat ad præstandum rei usum, ne autem iste se obligaret obstitit jus domini. Sed juxta TROPLONG, n<sup>o</sup> 98, post MERLIN, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Bail*, §. II, n<sup>o</sup> VII, t. I, p. 684, recedendum non est a jurisprudentia veteri. Imo, inquit, cum locatio non sit nisi actus administrationis, stabit etiam adversus ipsum proprietarium, quotiescumque conductor bona fide rem acceperit ab eo qui apparenter dominus erat; et verus dominus non poterit conductorem evincere, nisi rem acceperit ab eo qui nullum titulum, etiam apparentem, habebat: et in eo sensu profert judicium Curiae supremæ, 19 nov. 1838. Idem admittit DELVINCOURT, *Notes*, p. 197, 198, quoad locationes quæ non excedunt novem annos, quia sunt revera meri actus administrationis; sed contradicit, etiam sub hoc respectu, DURANTON, n<sup>o</sup> 135.

775. II<sup>o</sup>. De iis INTER QUOS INIRI POTEST CONTRACTUS *locationis*. Generatim quicumque sunt capaces contrahendi, possunt inire contractum locationis. Sunt tamen certæ quædam personæ, quibus contractus ille non permittitur nisi cum quibusdam restrictionibus.

1°. Tutor non potest sibi conducere bona sui pupilli, nisi accedat consensus concilii familiæ; art. 450.

2°. Cum locatio ultra terminum novem annorum habeatur ut quædam alienatio, aut saltem plus quam ordinaria administratio, non permittitur minori emancipato, art. 481; usufructuario, art. 595; marito quoad bona uxoris, art. 1429; uxori separatæ, art. 1449; tutoribus minorum vel interdictorum, art. 509 et 1718.

776. III°. *De FORMA locationis, et illius PROBATIONE.* Agnoscunt jurisperiti locationem solo consensu perfici, et nullam specialem formam in ea exigi. Potest igitur fieri, non solum per scripturam privatam, sed meris verbis: ita art. 1714, qui, licet positus sub titulo *de Locatione ædium et bonorum ruralium*, applicatur cuicumque locationi; TROPLONG, n° 103.

Quoad probationem autem, apponitur exceptio regulæ generali per art. 1341 sancitæ. Si nondum locatio executioni mandata fuerit, probari nequit per testes, quantumcumque sit pretium; potest solummodo deferri juramentum ei qui locationem negat; art. 1715: si autem post inceptam locationis executionem, dissensio oriatur circa pretium, potest conductor vel stare juramento locatoris, vel exigere ut æstimatio per viros expertos fiat; art. 1716. Ratio cur non admitteretur probatio per testes, fuit ut præcaverentur lites quæ sæpe exoriri possent, cum multæ sint locationes infra pretium 150 fr. Hæc ratio non minus valet ubi agitur de locatione mobilium: ideoque ante mutationem de qua supra locuti sumus (n° 771), his applicabatur dispositio. Cum autem nunc includatur sub titulo qui ad mobilia non spectat, cumque sit derogatio principio generali de probatione testimoniali, agnoscit TROPLONG, n° 110, licet reluctanti animo, eam reipsa mobilibus applicari non posse. Ita etiam docent DELVINCOURT, *Notes*, p. 187; DURANTON, n° 52; DUVERGIER, n° 14,

qui observat, n° 15, ut admitti possit probatio per testes, requiri ut, non tantum pretium annuum locationis, sed et summa totalis pro toto locationis tempore solvenda, non excedat 150 fr.; idem admittit TROP LONG, n° 116. Cæterum occasione art. 1715 et 1716, plures exoriuntur difficultates, quæ ad jurisperitos spectant. Vid. TROP LONG, n° 111 et seq.

777. IV°. De OBLIGATIONIBUS LOCATORIS. Ad tres præcipuas referri possunt.

I. Tenetur *rem tradere* conductori. Hæc obligatio, quam plures cum art. 1719 dicunt esse de natura contractus, potius dici debet de essentia, cum sine ea concipi non possit contractus. Sed quatenus traditio requirit rem in bono statu (art. 1720), includit rei accessoria, etc., obligatio est tantum de natura, et possunt contrahentes ei derogare per conventionem sive expressam, sive etiam implicitam, quæ tamen facile supponi non debet. Vid. TROP LONG, n° 166.

Hinc conductori competit actio, cujus natura diversimode ab auctoribus assignatur pro diversa quam tenent sententia circa naturam juris quod ex locatione oritur: (vid. supra, n° 768). Actionem immobilem, et mixtam seu simul personalem et realem, reputat TROP LONG, n° 170, 171. In ejus sententia dicendum esset, prout revera ipse dicit, t. II, n° 500, si locator duobus successive rem suam locaverit, anteponendum esse, non eum qui prior possessionem bona fide inierit, ut olim docebat POTHIER, n° 63, et hodie docent DELVINCOURT, *Notes*, p. 200, DURANTON, n° 143, DUVERGIER, n° 46 et 283, et alii communiter, sed eum qui prior conduxerit: quia locator non potuit jus priori jam concessum transmittere posteriori.

778. II. Tenetur locator *conductor* præstare liberum *rei usum* toto conductionis tempore. Hæc obligatio plura includit.



1°. Debet rem tradere bene reffectam, et curare ut servetur in statu quo inservire possit ad usum ad quem locatur; art. 1719, 1720. Hæc obligatio respicit etiam locationem mobilium, ut observat TROPLONG, n° 176.

2°. Debet perficere reparationes necessarias, diversas ab iis quæ vocantur *locatives*; art. 1720. Quænam istæ sint determinat art. 1754 quoad locationem ædium: quoad aliarum rerum locationem, varias regulas e diversis auctoribus extractas exhibet TROPLONG, n° 178 et seq.

Sed observandum est obligationem de qua hic agimus imponi in gratiam conductoris, qui proinde potest his reparationibus renuntiare, imo eas impedire, si majus incommodum ex iis timeat quam lucrum speret: nisi tamen talis sint naturæ, ut incommodo exinde conductori subeundo prævalere debeat bonum locatoris; tunc enim eas pati tenetur conductor. Ut autem id locum habeat, tres requiruntur conditiones, ex art. 1724. Prima, ut reparationes non possint differri usque ad finem locationis: quandoque enim sic urgeat necessitas, judicabitur ex circumstantiis. Secunda, ut illæ reparationes non protrahantur ultra spatium quadraginta dierum; alioquin imminuendum erit pretium locationis, proportionem habita temporis et jacturæ, quam patitur conductor: et quidem pro ea imminutione, ratio habetur non tantum temporis elapsi a quadragesimo die, sed et a primo: ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 189; DUVERGIER, n° 303; ROGRON et BOILEUX, ad art. 1724; quibus tamen contradicit TROPLONG, t. II, n° 253, juxta quem pure et simpliciter locatori conceditur spatium 40 dierum, quin ullam debeat compensationem. Tertia conditio est, ut per illas reparationes impossibilis non reddatur habitatio conductori et ejus familiæ necessaria: alioquin poterit postulare rescissionem contractus; et quidem etiamsi in eo casu non protrahantur reparationes ultra 40 dies, prout intelligunt jurisperiti: DURANTON, n° 67;

**DUVERGIER**, n° 300; **TROPLONG**, n° 251. Advertunt etiam regulam articuli 1724 non esse restringendam ad locationem ædium aut bonorum ruralium, sed applicari debere cuicumque locationi, et quotiescumque conductor omnimodo privatur per aliquod tempus re locata: **DUVERGIER**, n° 301; **TROPLONG**, n° 254. Sed in variis illis casibus locator non tenetur ad compensationem damnorum quæ exinde patitur conductor, nisi causa culpabilis fuerit cur illæ reparationes necessariæ fierent: **DELVINCOURT**, *Notes*, p. 189; **DUVERGIER**, n° 302; **TROPLONG**, n° 252.

3°. Non potest locator mutare formam rei locatæ; art. 1723: alioquin turbaret conductorem in usu rei, ut patet. Quamdā tamen latitudinem ipsi concedebat **POTHIER**, n° 75: sed juxta jurisperitos recentiores strictius standum est conventioni et legi; **DUVERGIER**, n° 307; **TROPLONG**, n° 244.

4°. Ex eodem principio non potest locator quidquam in re locata perficere unde turbetur fruitio conductoris: v. g., in domum locatam, seu in ejus viciniam inducere aliquid unde detrimentum inferatur securitati, sanitati, aut tranquillitati familiæ locatarii; rem locatam aliqua servitute noxia gravare, aut aliquo commodo huic antea adjuncto nudare, etc. Plura de his apud jurisperitos occurrunt: vid. **TROPLONG**, t. 1, n° 185 et seq.; **DUVERGIER**, n<sup>is</sup> 309, 310. Sed observant huic obligationi locatoris derogari posse per conventiones speciales, quibus potest sibi varia jura reservare. Non potest quidem magis quam in venditione (art. 1628) se eximere ab assecuratione quoad facta sua personalia; id est, non potest sibi cavere contra dolum, malam fidem, aut actus injustos et suis obligationibus repugnantes: sed nihil tale occurrit quando utitur solummodo juribus quæ sibi reservavit, ut explicat **TROPLONG**, n° 191.

5°. Tandem eadem occasione quæri potest, utrum, si

prædium locatum incrementum accipiat ex alluvione, eo frui debeat locator, an vero locatarius?—Juxta POTHIER, n° 278, cum illud incrementum locatum non fuerit, jus nullum habet conductor. Insuper si prædium vi fluminis imminueretur, damnum recideret in locatorem, ex infra dicendis (n° 780): porro ex axioma, *Ubi periculum, ibi et lucrum*. Verum juxta DURANTON, n° 81, et TROPLONG, n° 190, præterquam quod difficillimum erit ut eo incremento fruatur locator sine conductoris damno aut incommodo, dicendum ex principiis juris alluvionem prædio accrescere, cum ipso quasi identificari, ac proinde ab ipso quoad fruitionem non esse separandam. Tandem viam mediam proponit CHARDON, *Alluvion*, n° 157, quem sequitur DUVERGIER, n° 356, ut nempe incremento fruatur conductor, sed locatori solvat pretii augmentum, si alluvio sit alicujus momenti: illud videtur æquitati satis consonum; sic idem admittitur principium quoad incrementum et quoad imminutionem rei; in uno casu pretium crescit, sicut in altero decrescit.

779. III. Tenetur locator *rem assecurare*; art. 1719; id est, debet conductorem tueri a perturbatione quam experiri potest in usu rei. Ad tria spectare potest illa assecuratio.

1°. De *vitiis rei*. Si vitia impediant rei usum (quo sensu illud intelligendum sit, explicant DUVERGIER, n° 339, et TROPLONG, t. II, n° 196), locator de iis tenetur erga conductorem, etiamsi ea ignoraverit tempore locationis: si ex iis oriatur conductori aliquod damnum, debet eum indemnem facere; art. 1721. Quamvis secunda pars articuli nullam distinctionem faciat, ideoque videatur respicere etiam locatorem qui vitia non cognovit, prout intelligit DELVINCOURT, *Notes*, p. 191, alii tamen docent compensationem damnorum ab illo non deberi: ita olim omnes docebant, nec præsumendum est Codicem voluisse ab ea

doctrina recedere; DURANTON, n° 63; DUVERGIER, n° 341; TROPLONG, n° 194. Imo quamvis venditor non teneatur de vitiis quæ rei superveniunt post venditionem, aliud dicendum de locatore, quia nempe, ut dictum est (n° 768), censetur vendi usus successivus pro qualibet die. Ita jurisperiti: sed agnoscunt omnes, etiam DELVINCOURT, *ibid.*, non deberi compensationem damnorum, nisi locator perspectum habuerit superventura hæc vitia; POTHIER, n° 112; DUVERGIER, n° 343, 344; TROPLONG, n° 199, 200. Excusatur vero locator, si conductor vitia rei cognoverit, vel si ea in se libere susceperit, nec fuerit dolo locatoris deceptus: vid. POTHIER, n° 114; DUVERGIER, n° 345; TROPLONG, n° 198.

Tandem advertunt auctores ea quæ de vitiis hic statuuntur applicanda esse, servata proportionem, omnibus locationibus: DURANTON, n° 62; TROPLONG, n° 195.

780. — 2°. De *interitu rei*. Si res destruat casu fortuito, locatio pleno jure dissolvitur; si solum quoad partem, potest conductor, pro variis circumstantiis, postulare vel imminutionem pretii, vel rescissionem contractus: in utroque casu, locus non est ulli damnorum compensationi; art. 1722. Ex una parte, re destructa, vel imminuta, deficit usus qui est objectum locationis, ut jam diximus (n° 438); hinc duæ priores articuli dispositiones: ex altera, casus fortuitus non est imputabilis locatori; hinc ultima dispositio. Et hæc quidem sunt de natura locationis, quamvis non de essentia: TROPLONG, n° 203. In casu destructionis totalis, rescissio a contrahentibus impediri nequit; non potest, v. g., conductor exigere ut domus iterum ædificetur, nec potest locator exigere ut contractus stet, etiamsi offerat iterum ædificare: sed in casu destructionis partialis, optio datur soli conductori. Ita DUVERGIER, n° 521, 522; TROPLONG, n° 213. Quando autem conductor in casu destructionis partialis vult non

rescindere contractum, potest exigere a locatore reparationes necessarias ut tollatur effectus casus fortuiti. Ita contra DUVERGIER, n<sup>is</sup> 522, 523, merito propugnat TROPLONG, n<sup>is</sup> 219, 220.

Illæ etiam dispositiones applicari debent locationi cui-cumque; TROPLONG, n<sup>o</sup> 221: quædam tamen specialiter sancita sunt de nonnullis locationibus, ut dicetur in decursu. Vim habent, licet res præcise non destruatur, si casu fortuito impeditur conductor re locata uti; idem enim est quoad ipsum, ac si res destrueretur. Ita POTHIER, n<sup>o</sup> 148; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 524; TROPLONG, n<sup>o</sup> 225.

781. — 3<sup>o</sup>. De *perturbatione a tertio illata*. Duplex distinguitur casus: vel ille tertius jus aliquod prætendit in rem locatam, et tunc dicitur perturbatio juris, *trouble de droit*; vel nullum jus prætendit, et est perturbatio facti, *trouble de fait*.

1. Quoad perturbationem *facti*, de illa non tenetur locator, et nonnisi adversus perturbatorem recursum habet conductor; art. 1725. Cum nullum jus in rem prætendatur, censentur non impeti nisi fructus, qui pertinent ad conductorem, inquit DELVINCOURT, *Notes*, p. 189: porro res perit domino. Si nihil proficiat recursus contra perturbatorem, olim locus erat imminuendo pretio locationis; POTHIER, n<sup>o</sup> 81: at illa dispositio in discussione articuli 1725 expresse rejecta fuit; DELVINCOURT, *ibid.*; DUVERGIER, n<sup>o</sup> 315; TROPLONG, n<sup>o</sup> 256-258: unde dispositio articuli 1769, de qua postea, hic applicari nequit.

2. Quoad perturbationem *juris*, si conductor coram iudice impugnetur, cum neque dominium habeat, neque proprio nomine possideat, potest vel litem effugere, si velit, nominando locatorem; vel, si in lite stare velit, locatorem advocare; art. 1727: vid. TROPLONG, n<sup>is</sup> 267, 268. Si vero tertius actionem judicariam non intentaverit, sed conductorem per factum suum conturbans jus ali-



quod prætendat, conductor non potest litem de jure intentare, sed debet locatorem in assecurationem vocare : **TROPLONG**, n° 270-276. Iste tenetur ante omnia præstare, quantum in ipso est, ut conductor re uti pergat : si id non obtineat, tenetur ipsi remittere partem pretii proportionatam perturbationi, ac proinde, in casu evictionis totalis, pretium integrum pro toto tempore quo adhuc durare debuisset locatio; insuper damna compensare quæ ex perturbatione, vel evictione patitur conductor : *ibid.*, n<sup>is</sup> 277, 278; **DUVERGIER**, n° 322. Sed ut conductor possit hæc omnia exigere, plures requiruntur conditiones. Prima, ut locatori denunciaverit perturbationem et impedimentum; art. 1726 : alioquin non solum jus non habebit ad immi-nutionem pretii, et compensationem damnorum, sed ipse teneri poterit compensare damna quæ locator pertulerit propter defectum denuntiationis; art. 1868 : **DELVINCOURT**, *Notes*, p. 190; **DURANTON**, n° 69; **DUVERGIER**, n° 323; **TROPLONG**, n° 281. Secunda conditio, ut causa perturbationis ante locationem exstiterit : alioquin locator non tenetur damna compensare, nisi causa perturbationis orta fuerit ex ipsius facto; sed locus erit tamen remissioni pretii, prout ubi agitur de casu fortuito : **POTHIER**, n<sup>is</sup> 86, 87; **DUVERGIER**, n° 325; **TROPLONG**, n<sup>is</sup> 284, 288. Tertia conditio, quam exigit **TROPLONG**, n<sup>is</sup> 282, 283, est ut damnum quod patitur conductor sit grave. Docet quidem **DELVINCOURT**, *Notes*, p. 189, 190, quem sequitur **DUVERGIER**, n° 324, deberi remissionem pretii, quantumvis modicum fuerit damnum, neque hic applicari posse art. 1769, quia locator tenetur præstare conductori integrum rei usum, non vero certam fructuum quantitatem. Verum, licet agnoscat **Troplong** reipsa non applicari hic art. 1769, ait tamen non attendi debere modicum damnum. Quarta tandem addi potest conditio, nempe ut conductor in se non susceperit periculum evictionis : si

enim per specialem conventionem locator ab assecuratione immunis declaratus fuerit, jam de ea non tenetur. Quamvis autem, ut vidimus (n° 713), ex art. 1629, in venditione emptor qui in se suscepit periculum evictionis non possit pretium repetere, aliud dicendum videtur de conductore: non habebit jus ad compensationem damnorum, sed non tenebitur solvere pretium locationis a die evictionis. Ita DUVERGIER, n° 330; TROPLONG, n<sup>is</sup> 286, 287: in venditione pretium acquiritur venditori a die contractus, nec proinde ab ipso restituendum est propter eventus subsequutos quorum ratio habita est in contractu; at in locatione, ut jam dictum est (n° 768), pretium censetur acquiri successive pro quolibet die, ac proinde non potest esse debitum, quando deficit usus pro quo solvendum erat.

782. V°. *De OBLIGATIONIBUS CONDUCTORIS.* Illæ obligationes ad duo præcipua capita referuntur, quæ indicat art. 1728, nempe ad modum quo uti debet conductor re locata, et ad solutionem pretii.

I. *De modo quo debet conductor re locata uti.* Ex art. 1728, uti debet tanquam bonus paterfamilias, et secundum rei destinationem. Ille articulus, inquit TROPLONG, t. II, n° 297, quamvis sub titulo speciali positus, cuicumque locationi applicari debet. Duplicem autem obligationis conductori impositæ respectum indicat.

1°. Uti debet *tanquam bonus paterfamilias*. Et cum res a locatore commissa fuerit fidei conductoris, omnino æquitas postulat ut iste prudentem curam in ea adhibeat: *ibid.*, n° 295. Jam in prima parte (n<sup>is</sup> 280-283) diximus quid intelligendum sit per hanc curam boni patrisfamilias. Variis exemplis id elucidat POTHIER, n° 190. Mox videbimus varia consecutaria quæ ex hac obligatione educi possunt, quorum plura sanxit ipse legislator.

2°. Debet conductor re uti *secundum destinationem*, sive

illi datam in contractu locationis, sive ex circumstantiis præsumendam. Hæc est obligatio specialis, quæ, ut observat TROPLONG, n° 294, non includitur in priori: paterfamilias enim, rei suæ dominus, potest usum pro nutu suo mutare; at non ita conductor, cui si daretur hæc absoluta potestas, damnum inferri posset locatori. Quandonam autem res censi debeat habere specialem destinationem, licet in conventionem non expressam, prudentiæ judicis determinandum relinquitur.

783. Ex hac duplici obligatione, seu ex his duobus ejusdem obligationis respectibus plura educuntur consecutaria.

1°. Si conductor re utatur contra suam destinationem, vel si non eam avertendo a sua destinatione non allerat tamen curam boni patrisfamilias, adeo ut exinde damnum inferri possit locatori, potest iste, pro circumstantiis, contractum rescindere; art. 1729. Hunc esse verum articuli sensum bene ostendit TROPLONG, n° 300, 301. Quandonam autem locus sit hunc applicandi, variis exemplis elucidant jurisperiti: vid. DUVERGIER, n° 401 et seq., ubi testatur se inquisisse sedulo varia jurisprudentiæ, tum veteris, tum novæ, monumenta; et præsertim TROPLONG, n° 302-315.

2°. Ex principio posito sequi videretur conductorem non posse rem alteri sublocare. Attamen cum, ut observatum fuit in discussione (*Confér. du Code*, t. VI, p. 105), sublocatarius subjiciatur eidem obligationi ac prior locatarius, res in tuto est posita. Potest igitur conductor rem sublocare, vel etiam locationem alteri transmittere, nisi in conventionem ea facultas ipsi interdicta fuerit partim, vel in totum; art. 1717. Excipitur tamen colonus partiarius; art. 1763: quia nempe fructus cum domino dividens quodam societatis jure, alium domino socium obtrudere nequit. Quando res fuit sublocata, dominus recursum habet

adversus secundum conductorem, sed solummodo quoad pretium quod iste debere potest priori conductori : ita art. 1753, qui, ut monet TROP LONG, t. II, n° 537, restringi non debet ad locationem ædium, quamvis sub eo titulo positus.

Dixi 1°. Conductorem posse *Sublocare*, vel etiam *Locationem transmittere* : quæ duo sunt a se invicem diversa. Qui enim sublocat, est erga suum locatarium ipse locator; qui vero transmittit, est venditor; unde diversæ sunt obligationes : item in priori casu, primus conductor non transmittit secundo jura quæ ipsi competunt erga dominum rei; secus, in posteriori casu. Hinc plura alia educi possent. Vid. DURANTON, n° 90, 91; DUVERGIER, n° 379, 380; TROP LONG, t. I, n° 129.

Dixi 2°. *Nisi in conventionem*, etc., quia si adfuerit conventio, huic standum est; et quidem rigore, ex art. 1717. Olim, non obstante illa conventionem, poterat fieri sublocatio domuum; POTHIER, n° 283, 284 : hodie stricte servanda est conventio. Vid. DUVERGIER, n° 362, 363; TROP LONG, n° 132. Quo autem sensu intelligenda sit, non semper constat. Satis certum videtur prohibitionem sublocandi includere a fortiori prohibitionem transmittendi locationem : vice versa, idem dicendum putat TROP LONG, n° 134; quod admittit etiam DUVERGIER, n° 376, observans tamen, n° 377, post DURANTON, n° 93, contrarium aliquando deduci posse ex circumstantiis. Si autem violatur ea prohibitio, locatio non ideo pleno jure dissolvitur, sed locator potest rescissionem postulare, ad sensum articuli 1184 : DUVERGIER, n° 370; TROP LONG, n° 139.

784. — 3°. Sequitur ex principio allato conductorem teneri rem reddere in bono statu, seu in statu in quo eam recepit. Scilicet si per aliquod scriptum constet de statu rei quando locata fuit, reddi debet in eodem statu, excepta

mutatione orta ex vetustate aut vi majori; art. 1730 : si vero desit scriptum, res præsumitur fuisse in bono statu reparationis locativæ, et talis reddi debet, nisi contrarium probetur; art. 1731. Si conductor re usus fuerit tanquam bonus paterfamilias, non debuit eam deteriore reddere : cum vero ex art. 1720 supra allato locator teneatur rem tradere in bono statu, merito præsumitur conductorem eam nonnisi in eo statu accepisse; hæc tamen præsumptio cedit probationi contrariæ, et quidem etiam mere testimoniali, licet agatur de valore plusquam 150 fr., quamvis id neget DELVINCOURT, *Notes*, p. 194 : non agitur hic de probanda conventionione, sed de probando facto. Vid. DURANTON, n° 101; DUVERGIER, n° 443; TROPLONG, n° 340.

Hinc 1°. conductor tenetur de detrimentis et deteriorationibus quæ rei acciderunt durante locatione, nisi probet ea accidisse sine ipsius culpa; art. 1732. Præsumptio igitur est contra conductorem : neque id proprium esse juri novo observat TROPLONG, n° 342, contra DUVERGIER, n° 407. Juxta DELVINCOURT, *Notes*, p. 194, hæc obligatio conductoris tollitur aut minuitur, quando adest aliquis a locatore custodiæ rei præpositus. Ita etiam POTHIER, n° 196.

785. Hinc 2°. conductor tenetur de incendio, nisi probet illud accidisse casu fortuito, vi majori, vitio constructionis, vel ortum habuisse e domo vicina; art. 1733. Dicunt plerique jurisperiti ita statutum fuisse, tum quia plerumque incendium fit culpa inhabitantium, tum quia illusorium redderetur jus locatoris si ipsi incumberet onus probandi culpam locatarii. Sed juxta TROPLONG, n° 364, id magis directe adstrui potest ex ipsis principiis generalibus. Etenim locatarius est debitor, qui tenetur rem reddere in bono statu : ergo ut liberetur a sua obligatione, ipsi probandum incumbit impossibilitatem in qua versatur



non oriri ex sua culpa. Igitur habenda est dispositio articuli 1733, non tanquam derogatio, sed tanquam consecrarium regulæ generalis.

Hac explicatione posita, solvuntur multo facilius variæ quæstiones quæ ea occasione exsurgere possunt. Scilicet non applicatur dispositio nisi inter debitorem et creditorem, qualis est locatarius erga locatorem: unde ille in cuius habitatione ortum est incendium non tenetur erga vicinum, erga alium locatarium, etc., nisi isti probent eum fuisse in culpa; pariter si ex habitatione domini incendium transeat ad habitationem conductorum, dominus non obligatur, nisi isti probent eum fuisse in culpa. Vid. TROP-LONG, n° 365 et seq., ubi alios citat. Sed si plures sint locatarii, et perspectum non sit undenam incendium sumpserit exordium, nedum concludendum sit cum POTHIER, n° 194, nullum ex iis teneri, dicendum potius unumquemque teneri, nisi probet se non esse in culpa; unusquisque enim est debitor erga locatorem: et ita statuit art. 1734. Sed addit ille articulus omnes teneri in solidum: sub eo respectu, agnoscit TROP-LONG, n° 377, illius dispositionem esse valde rigorosam, neque ex principiis generalibus deduci posse.

Ex eadem explicatione intelligitur conductorem liberari, modo probet ex culpa sua ortum non esse incendium: neque ideo requiritur ut ostendat unde ortum sit, quemadmodum ex art. 1733 quidam concludere visi sunt; sufficit ut ostendat oriri non potuisse ex culpa sua, ad sensum articuli 1734. Vid. TROP-LONG, n° 381 et seq. Imo si ipse dominus partem domus incolat, nisi ipse probet ex habitatione sua ortum non esse incendium, locatarii non subijcientur præsumptioni per art. 1733 statutæ: *ibid.*, n° 380.

786. Hinc 3°. conductor tenetur de damnis quæ oriuntur ex facto eorum qui ex ejus domo sunt, aut quibus

ipse locavit; art. 1735. Non expenditur, quemadmodum in jure Romano, an illæ personæ sint diligentes, an negligentes; conductoris est iis invigilare: TROPLONG, n° 395. Juxta POTHIER, n° 194, quem sequitur DURANTON, n° 107, caupo non præstat factum viatorum: sed illa decisio non videtur conciliari posse cum generalitate verborum articuli 1735; DUVERGIER, n° 431; TROPLONG, n° 397.

787. II. *De solutione pretii.* Hæc est secunda obligatio conductoris. Ut salvum consistat jus locatoris, ipsi tribuitur privilegium in quædam mobilia; art. 2102: imo potest in quibusdam casibus uti coactione (*contrainte par corps*), modo id conventum fuerit; art. 2062: potest etiam rescindere contractum, si conductor non solvat; quanta autem ad hoc requiratur mora, prudentiæ judicis determinandum relinquitur; TROPLONG, n° 320.

Præter solutionem pretii principalis, ad aliquid tenetur locatarius quoad tributa. Scilicet ex legibus nostris, tributum quod dicitur *Contribution foncière* solvi debet a locatore, tributum vero *des Portes et fenêtres* a locatario: sed tamen fisco tribuitur actio contra eum in quem ultimate non debet tributum recidere, qui deinde recursum suum habet adversus alterum. Possunt contrahentes alias inter se inire conventiones: sed suum semper fisco servatur privilegium. Vid. DUVERGIER, n° 346-352; TROPLONG, n° 332-336.

788. VI°. *De locationis DURATIONE et CESSATIONE.* 1°. Si locationis terminus in conventionem determinatus non fuerit, potest alteruter e contrahentibus pro arbitrio suo resilire, modo alterum præmoneat (*donne congé*) tempore juxta locorum consuetudinem sufficienti; art. 1736. Quamvis ille articulus, sicut et art. 1737, videantur habere tantum rationem scripturæ adhibitæ aut non adhibitæ in contractu, agnoscunt jurisperiti mentem legisla-

toris fuisse ut ratio haberetur an assignatus esset terminus, necne : si enim assignatus non fuerit, etiamsi adfuerit scriptum, applicabitur art. 1736; et vice versa, si terminus assignatus fuerit, etiam sine scripto, applicabitur art. 1737. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 195; DURANTON, n° 116; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 485, 486; TROPLONG, n° 404.

2°. Si terminus assignatus fuerit, contractus eo elapso resolvitur pleno jure, absque ulla partium declaratione; art. 1737. Sed cavendum est ne termino æquiparetur facultas aliquando concessa resiliendi a contractu : v. g., sæpe conductio fit pro 3, 6, aut 9 annis : talis conductio est vere 9 annorum, et antea pleno jure non cessat; unde si alteruter velit uti facultate sibi relicta dissolvendi post 3 aut 6 annos, debet alterum monere ad sensum articuli 1736. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 196, quem sequuntur DUVERGIER, n° 511, et TROPLONG, n° 430.

Si tamen elapso termino conductor re locata uti tranquille pergat, tunc ex art. 1738 novus exoritur contractus, qui subjacet regulis locationis non scriptæ, id est, locationis de qua statuit art. 1736. Illud est quod vocatur in jure *Tacita reconductio* : scilicet præsumitur hanc esse voluntatem contrahentium, ut contractus de novo ineatur; unde locum non habet, si intentio contraria manifestata fuerit; art. 1739 : nec requiritur ut illa manifestatio fiat ante elapsam locationis terminum; sufficit ut fiat antequam effluerit tempus sufficiens ad inducendam tacitam reconductionem; DUVERGIER, n° 503; TROPLONG, n<sup>is</sup> 454, 455. Quodnam autem tempus ad eam reconductionem sufficiat, id pendet e circumstantiis, et relinquitur prudentiæ judicium : vid. TROPLONG, n<sup>is</sup> 446, 607 et seq. Quando vero locum habet, advertendum est esse novum contractum, non vero prioris continuationem : unde sponsor prioris contractus non tenetur de obligationibus reconductionis; art. 1740. Ita explicant DELVINCOURT, *Notes*,

p. 196; TROPLONG, n<sup>is</sup> 447, 448. Locum habere potest hæc tacita reconductio etiam in locatione mobilium : sed cum hæc locatio quovis tempore incipere et cessare possit, non censetur reconductio facta pro eodem tempore ac prior locatio, sed tantum pro tempore quo conductor mobilia retinebit; TROPLONG, n° 461.

789. — 3°. Locatio cessat per interitum rei; art. 1741. De eo casu jam diximus supra (n° 780).

4°. Cessat etiam per inexsecutionem conventionum, sive ex parte locatoris, sive ex parte conductoris; art. 1741. Illud potest satis intelligi ex iis quæ data occasione jam diximus, præsertim circa obligationes tum locatoris, tum conductoris. Cæterum facile intelligitur hanc resolutionis causam differre a præcedenti, quatenus interitus rei præbet utrique contrahenti jus postulandi resolutionem, dum inexsecutio obligationum non præbet nisi ei qui obligationes suas implevit; DUVERGIER, n° 536.

790. — 5°. Locatio non resolvitur per mortem locatoris, aut conductoris; art. 1742 : censentur contrahentes stipulari pro se suisque hæredibus. Illud tamen intelligendum, salva conventione contraria.

6°. Si locator vendat rem locatam, olim resolvebatur locatio, in eo sensu quod emptor non teneretur, ut aiebant auctores, *stare colono*, sed posset eum expellere : at hodie hæc facultas ei non conceditur, si agatur de locatione authentica vel cujus epocha certa sit, nisi in locatione reservata fuerit ea facultas; art. 1743. De vi et sensu hujus articuli non omnino constat, ut intelligitur ex antea dictis (n° 768). Juxta TROPLONG, n° 473 et seq., exinde sequitur per locationem conferri *jus in re*, et non tantum, ut olim, jus ad rem seu jus mere personale : quod ostendere conatur sive ex lege 28 sept.-6 oct. 1791, quæ juris veteris dispositionem mutare cœpit, sive ex interpretatione tribunorum (*Code et Motifs*, t. VI, p. 136 et 160); unde con-

cludit, n° 493 et seq., jus conductoris non fundari in possessione, sed idem prorsus esse, licet possessionem nondum inierit; item articulum 1743, licet non loquatur nisi de venditione, applicandum esse eodem modo si locator rem donaverit, legaverit, permutaverit, etc., quia semper verum est eum non potuisse eam transmittre, nisi salvo jure jam transmisso conductori : *ibid.*, n° 499. Alii plerique jurisperiti docent stricte sumenda esse verba articuli 1743, et ex eo tantum sequi quod non possit *expelli* conductor, qui proinde supponitur in possessione : DELVINCOURT, *Notes*, p. 199 ; DURANTON, n° 139 ; DUVERGIER, n° 282, ubi alios citat.

Dicitur 1°. Si agatur *De locatione authentica*...., quia si non constet locationem esse venditione anteriorem, nullam vim contra emptorem habere potest. Si tamen conductor esset jam in possessione, emptor non posset eum expellere nisi post tempus sufficiens, quemadmodum in casu locationis non scriptæ : DELVINCOURT, *Notes*, p. 199 ; DURANTON, n° 144 ; DUVERGIER, n° 546 ; TROPLONG, n° 505.

Dicitur 2°. *Nisi reservata fuerit*...., quia nil obstat quin locator hanc facultatem sibi reservet : tunc potest emptor ea uti ; sed triplicem conditionem seu clausulam statuit lex. 1. Emptor qui vult uti ea facultate tenetur, ex art. 1748, conductorem antea monere, et ipsi relinquere spatium temporis sufficiens. 2. Locator, et in ejus defectum emptor, tenentur conductorem indemnem præstare, nec iste potest antea expelli ; art. 1744, 1749. Hæc autem indemnitas determinatur art. 1745, 1746, 1747, secundum naturam rei locatæ. 3. Si venditio facta fuerit cum pacto redimendi, emptor non potest conductorem expellere, nisi postquam, elapso termino ad redimendum concessio, factus est possessor incommutabilis ; art. 1751 : si res ad venditorem rediret, iste teneretur stare locationi.



Cæterum agnoscit TROPLONG, n° 508, articulum 1743 non applicari locationi rerum mobilium.

§. 2. *De regulis quæ respiciunt quasdam tantum locationum species.*

791. In codice Civili assignantur regulæ quoad locationem ædium, et bonorum ruralium. Hæc distinctio, quamvis in se satis obvia, explicatione tamen indiget, duplici præsertim ex causa. 1°. Sunt quædam bona immobilia, quæ neque inter ædes, neque inter prædia ruralia recenseri posse videntur. Ea fuit mens legislatoris, ut inter bona ruralia recenserentur ea quæ producunt fructus naturales aut industriales; ædibus autem æquipararentur quæ producunt tantum fructus civiles. 2°. Aliquando, imo et satis frequenter, bonum immobile locatum complectitur simul ædes, et prædia. In eo casu, distinguendum est inter varias regulas. Quædam possunt non uniformiter applicari integro bono; v. g., quæ respiciunt reparationes: ædibus applicabuntur regulæ ædium; prædiis regulæ prædiorum, etc. Sed in quibusdam aliis non potest institui hujusmodi divisio, v. g., in iis quæ spectant ad durationem locationis, ad hujus resolutionem, etc.: videntum erit tunc quænam pars sit præcipua, seu a contrahentibus præsertim intenta; quo perspecto, applicabuntur regulæ huic speciei propriæ. Ita DUVERGIER, t. IV, n° 2-5.

Cæterum regulæ traditæ pro peculiaribus locationum speciebus vix aliud sunt quam applicatio aut extensio regularum generalium; paucissimæ includunt quamdam restrictionem aut derogationem: DUVERGIER, n° 6. Satis ergo nobis erit eas breviter indicare: sequemur, quantum fieri poterit, eundem ordinem ac in paragrapho præcedenti.

792. I°. *De locatione ÆDIUM.* — I. Quoad obligationes locatoris, statuit art. 1761 eum non posse conductorem ex-

pellere, ut ipse in ædibus habitet. Aliud statuebatur in jure Romano, cui consentanea erat olim nostra jurisprudentia; POTHIER, n° 329 et seq. Dispositio juris novi magis congruit principio generali, ex quo tenetur locator præstare usum rei suæ secundum conventionem. Potest tamen locator sibi reservare hanc facultatem, et tunc tenetur locatarium antea monere tempore sufficienti secundum usum locorum; art. 1762. Debet insuper, juxta DUVERGIER, n° 11, hunc indemnem servare: verum talis obligatio nec in lege imponitur, nec in concilio Status admissa fuit, ut ipse agnoscit; unde eam rejicit TROPLONG, n° 626: *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*; et differt iste casus ab eo de quo statuit art. 1744: in casu venditionis, lucrum captat dominus rei; in casu præsentis, necessitati aut bono familiæ consulit.

793. II. Quoad *obligationes locatarii*, 1°. si non instruat domum locatam suppellectili sufficienti, potest expelli, nisi alio modo assecurationem præbeat; art. 1752. Mens legislatoris fuit ut inane non efficeretur privilegium quod locatori conceditur art. 2102. Hinc ut satisfiat præsentis dispositioni, requiritur ut domus instruatur iis rebus quæ cadunt sub privilegio articuli 2102; TROPLONG, n° 530. Necessarium non est ut valor suppellectilis attingat pretium integrum totius locationis: generatim sufficit valor unde assecuretur solutio termini currentis et proxime futuri; DELVIN COURT, *Notes*, p. 201; DURANTON, n° 157; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 15, 16; TROPLONG, n° 531. Imo fieri potest ut ne id quidem exigi possit, si nempe ex fine quo quis ædes conduxit debuerit intelligere locator tantam non afferri debere suppellectilem; DUVERGIER, *ibid.*; TROPLONG, n<sup>is</sup> 535, 536. Potest autem locator cavere ne suppellectilis semel allata e domo amoveatur; alioquin non obtineret finem intentum; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 17, 18; TROPLONG, n° 532.

2°. Locatarius tenetur ad *reparationes* quæ dicuntur *locatives*; illæ autem determinantur vel ex usu locorum, vel ex dispositione legis; art. 1754. Præter eas de quibus statuit ille articulus, alias assignant jurisperiti: vid. TROP-LONG, n° 551-583; DUVERGIER, n° 22, 24, 26. Ideo locatario incumbit onus harum reparationum, quia præsumitur earum necessitatem oriri ex ejus culpa, vel eorum qui ipsi subjiuntur: unde quando necessitas oritur ex vetustate, vel ex vi majori, præstandæ sunt a locatore; art. 1755: pariter si necessitas oriatur ex vitio rei seu constructionis, vel ex usu rei secundum finem suum adhibitæ, recidere debent in locatorem: vid. TROP-LONG, n° 585-589. Quando vero plures adsunt locatarii, reparationes locorum vel rerum quæ omnibus inserviunt videntur præstandæ a locatore, nisi aliud conventum fuerit; TROP-LONG, n° 590; DUVERGIER, n° 25.

794. III. Quoad *durationem locationis*, 1°. hæc statuit art. 1758: « Le bail d'un appartement meublé est censé « fait à l'année, quand il a été fait à tant par an; au mois, « quand il a été fait à tant par mois; au jour, s'il a été « fait à tant par jour. Si rien ne constate que le bail a été « fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est « censée faite suivant l'usage des lieux. » Ex ipsis articuli verbis intelligitur recurrendum non esse ad consuetudinem locorum, nisi deficiente conventionem in articulo expressa, quamvis contrarium doceat DELVINCOURT, *Notes*, p. 202: sed hæc dispositio restringi debet ad casum expressum, nempe *d'un appartement meublé*; unde si agatur de domo, vel de parte domus suppellectili non instructa, standum erit consuetudini. Vid. DUVERGIER, n° 36, 37; TROP-LONG, n° 603, 604. Quænam olim esset variorum locorum consuetudo exponit DUVERGIER, n° 38 et seq.

2°. Si post elapsum terminum locatarius frui tranquille

pergat, adest tacita reconductio, seu nova fieri censetur locatio usque ad terminum per consuetudinem determinatum, nec potest expelli locatarius nisi antea præmonitus, et quidem tempore per eandem consuetudinem determinato; art. 1759. Varias diversorum locorum ea de re consuetudines recensent DUVERGIER, n° 70 et seq., et TROPLONG, n° 607 et seq.

3°. Tandem si per culpam locatarii locus detur resolutioni contractus, tenetur pretium locationis solvere per tempus ad novam locationem necessarium, et insuper damna compensare; art. 1760. Dicitur *Per tempus necessarium*, quia non debet præcise solvere donec nova locatio facta fuerit, sed tantum per tempus ordinarie concessum ad novam locationem: sed si hæc statim fiat, non potest locator pretium duplici ex parte recipere; DUVERGIER, n° 79, 80; TROPLONG, n° 621, 622.

795. II°. *De locatione AGRORUM.*—I. Quoad *obligationes locatoris*, id unum statuitur: scilicet tenetur tradere mensuram in contractu enuntiatam; si tamen hæc major sit vel minor, non adest locus augendi vel minuendi pretium, nisi in casibus et secundum regulas traditas ubi *de Venditione*; art. 1765. Fundatur iste articulus in analogia quæ existit inter venditionem et locationem. Eas regulas breviter indicavimus (n° 711, 3°): sed, ut ibi diximus, de earum sensu et applicatione non consentiunt jurisperiti; vid. quæ hic disserit TROPLONG, n° 654 et seq., contra ea quæ habet Duvergier, t. I, n° 286, et t. IV, n° 137.

796. II. Quoad *obligationes conductoris*, hic duplex distinguitur conductor.

1°. Si agatur de colono, ut dicitur, *partiaro*, seu *medietario*, gallice *métayer*, id est, de illo qui fructus cum locatore partiri debet, non potest ipse sublocare vel alteri transmittere locationem, nisi ea facultas ei expresse concessa fuerit; art. 1763: si hanc prohibitionem infringat,

potest locator obtinere locationis resolutionem, et compensationem damnorum; art. 1764. Hujusmodi locatio censetur facta intuitu personæ.

Juxta plerosque auctores, hæc locatio potius habenda est ut societas, quam ut locatio stricte dicta. Contradicit quidem DUVERGIER, t. III, n° 99, et t. IV, n° 87: sed eum nullum habere asseclam asserit, ipsumque fuse confutat TROP LONG, n° 637-642. Hinc cum plerisque auctoribus concludit, n° 645-647, hanc locationem resolvi per mortem locatarii.

Attamen pleræque ex regulis locatario ordinario impositis applicantur isti colono: sed excipiendæ sunt quæ statuuntur art. 1769 et seq., ut satis indicat art. 1771. Vid. DUVERGIER, t. IV, n° 92, 93; TROP LONG, n° 650.

797. — 2°. Si agatur de *conductore ordinario*, qui dicitur simpliciter *Fermier*<sup>1</sup>, ad duo capita referuntur hujus obligationes.

1. Quoad *modum quo re locata uti debet*. Plura ei præscribuntur, quæ sunt consecraria articuli 1728, de quo supra (n° 782). Scilicet 1°. debet prædium instruere animalibus, instrumentis, et utensilibus necessariis, sedulo excolere, non adhibere ad finem a destinatione diversum, varias clausulas conventionis exsequi: si hæc non præstet, et inde damnum patiatur locator, potest iste, juxta circumstantias, postulare resolutionem locationis, et compensationem damnorum; art. 1766. Hæc omnia fusius evolvunt jurisperiti. 2°. Tenetur conductor locatorem monere de usurpationibus quæ in fundum ejus fierent; alioquin ipse tenebitur damna compensare; art. 1768: necessaria est hæc admonitio, ut dominus prædii sibi providere possit. 3°. Debet, finita locatione, omnia in tali statu relinquere, ut novus conductor vel dominus possint re statim frui; sed ipse vicissim jus habet ut novus conductor ipsum fructus

<sup>1</sup> De origine hujus vocis, *Ferme*, vid. TROP LONG, t. II, n° 631.



percipere et iis frui sinat : quæ omnia ordinantur secundum consuetudinem locorum ; art. 1777, 1778. Hæc sancita fuerunt in gratiam agriculturæ generatim spectatæ, et ut concilientur jura utriusque conductoris.

2. Quoad *solutionem pretii*, tenetur conductor eo modo solvere quo conventum fuit : et hic applicantur quæ dicta sunt sive circa solutionem generatim spectatam, sive quoad solutionem pretii in venditione. Sed duo hic specialim statuuntur. 1°. Ex art. 1767, conductor tenetur omnes fructus in horrea ad hoc destinata colligere ; ut nempe locator in his habeat pignus in securitatem solvendi pretii. 2°. Quando ex casu fortuito conductor amittit certam partem fructuum, potest obtinere imminutionem pretii. Juxta DELVINCOURT, *Notes*, p. 190, nonnisi ex æquitate conceditur illa imminutio : quod magis evolvens DUVERGIER, n° 148 et seq., docet hanc esse derogationem principiis generalibus juris circa locationem ; quam agnoscit quidem gravibus motivis innixam, sed quæ nonnisi per modum exceptionis admittenda est. Eodem sensu explicant communiter theologi, quos sequitur HAUNOLDUS, n° 492. Verum alii jurisperiti, quos citat et sequitur TROPLONG, qui et Duvergier fuse confutat, n° 695 et seq., docent hanc juris dispositionem, desumptam ex jure Romano, deduci ex ipsa locationis natura, prout exponit FABER, his verbis : « Longe alia ratio est fructuum ex fundo locato perceptorum, alia percipiendorum. Qui percepti sunt, quoniam perceptione facti sunt conductoris, ejus periculo sunt. At percipiendi, quia *partem fundi efficiunt* quamdiu in fundo sunt, tametsi jam maturi et pendentes sunt, non in alterius quam locatoris dominio esse possunt. Ergo vim omnem majorem cui resisti non potest... dominus colono præstare debet... ratione illa generali... quod locator præstare debeat conductori ut frui possit. » Igitur quando fructus amittuntur casu fortuito, ipsa pars

fundi amitti censetur, ac proinde applicatur art. 1722 jam expositus (n° 780). Ut autem locus sit pretio imminuendo, plures requiruntur conditiones. Prima, ut fructus nondum essent percepti, seu a fundo separati : ratio intelligitur ex modo dictis. Si tamen solutio consistere deberet in aliquota eorum parte, tunc ex art. 1771 dominus particeps damni esse deberet, nisi conductor jam esset in mora eam partem tradendi. Secunda, ut amissa fuerit saltem dimidia pars fructuum qui ordinarie producuntur. Tertia, ut causa amissionis non fuerit cognita tempore locationis ; art. 1771 : si cognita fuerit, præsumitur illius rationem habitam fuisse in determinatione pretii. Quarta, ut conductor in se non susceperit casus fortuitos ; art. 1772 : si enim eos susceperit, nihil potest exigere quoad casus fortuitos ordinarios : potest tamen quoad casus extraordinarios, nisi expresse omnes susceperit, sive prævisos, sive imprævisos ; art. 1773. Cæterum quando locatio est plurium annorum, inter eos omnes annos instituitur compensatio ; art. 1769. De his omnibus plures exsurgunt controversiæ, quas discutit TROP LONG, n° 699 et seq., ubi alios auctores allegat. 3°. Si contra adsit insolita fructuum ubertas, non ideo tenetur conductor ad majus pretium solvendum. Ita contra plures jurisperitos et quosdam theologos inter quos BILLUART, D. VI, art. I, §. II, p. 348, docent satis communiter theologo ; DE LUGO, D. XXIX, n° 52 ; HAUNOLDUS, n° 510 ; COLLET, c. VII, n° 83, p. 558. Ratio discriminis est, quod conductor ex amissione fructuum grave damnum patiatur ; locator vero in casu ubertatis nihil perdit, sed solum minus lucratur. Idem docent jurisperiti : POTHIER, n° 162 ; TROP LONG, n° 239, 240.

798. III. Quoad *durationem locationis*, 1°. locatio facta sine scripto, seu absque assignatione termini, censetur facta pro tempore ad colligendos fructus necessario : hinc locatio prati, vineæ, etc., pro uno tantum anno facta

censetur; locatio vero agrorum qui dividantur, ut dicitur, *par soles ou par saisons*, id est, quorum nonnisi pars quolibet anno excolitur, censetur facta pro tempore necessario ut singularum partium fructus colligantur; art. 1774: merito præsumitur hanc esse contrahentium intentionem.

2°. Locatio non scripta cessat pleno jure, elapso termino in articulo præcedenti assignato; art. 1775. Non requiritur prævia monitio; unde hic non applicatur art. 1736, quamquam positus sub titulo locationi prædiorum communi.

3°. Si termino elapso conductor pacifice possidere pergat, est nova locatio, cujus tempus determinatur ex art. 1774. Hæc dispositio cuicumque agrorum locationi applicatur; TROPLONG, n<sup>is</sup> 771, 772.

799. III°. *De locatione MOBILIIUM*. Unica exstat dispositio de ea locatione, nempe art. 1757: juxta quem, mobilia locata ad instruendam domum vel partem domus censentur locata ad tempus ordinarium quo durat locatio domus, etc. Cæterum, data occasione, diximus locationi mobilium multa applicari ex iis quæ statuta fuerunt modo generali (n<sup>is</sup> 776, 778, 779, 780, 782).

800. IV°. *De locatione BONORUM NATIONALIUM, COMMUNIUM*, etc. Locatio bonorum nationalium, et eorum quæ pertinent ad municipia, ad instituta utilitatis publicæ, subjicitur regulis specialibus; art. 1712. Illæ regulæ spectant præsertim vel ad personas seu præpositos quibus incumbit cura ea bona locandi, aut locationi eorum invigilandi; vel ad formas in locatione adhibendas, v. g., schedularum affixionem, auctionem publicam, etc.; vel ad onera locatariis imponenda, quæ indicantur in scripto quod dicitur *Cahier des charges*; vel demum ad locationis durationem aut renovationem. Varia decreta et leges quibus hæ regulæ præscribuntur indicant, et earum summa-

rium exhibent DUVERGIER, t. III, n° 118-138; TROPLONG, t. I, n° 67-80.

ART. 2. *De locatione operarum.*

801. Locatio operarum definitur : *Contractus quo unus aliquid suscipit pro altero faciendum, pacto pretio*; art. 1710. Hæc locatio convenit cum locatione rerum, quatenus operæ, industria, etc., habentur tanquam bonum cujus usus alteri locari potest : unde, ut diximus (n° 766), locator est ille qui præbet operam aut industriam. Sed ut innotescat hujus contractus natura, exponendum est ad qualem operam respiciat, et quo sensu intelligendum sit pretium de quo pactum initur. Illud intelligemus comparando locationem operarum cum mandato.

Mandatum consistit etiam in eo quod unus aliquid pro alio agendum suscipiat : sed discrimen illud assignant jurisperiti, quod mandatum sit gratuitum, non vero locatio. Attamen etiam ex jure Romano sæpe fiebat ut mandatarius reciperet præstationem pecuniariam : et art. 1986 codicis Civilis aperte indicat conveniri posse ut mandatum non sit gratuitum. Quomodo ergo stabit discrimen assignatum? Vulgo dicunt auctores in locatione dari pretium, in mandato autem honorarium : unde locatio fit in operis servilibus, mandatum autem in operis liberalibus, quæ æstimationem recipere non possunt; unde honorarium non datur ad solvendum valorem laboris, sed, ut vox ipsa indicat, ad honorandum mandatarium, et in signum gratitudinis.

Contra illam explicationem insurgit DUVERGIER, t. IV, n° 267-274 : eam nec satis in se fundatam, nec satis apertam judicat, ut in praxi tuto discerni possit quando nam mandatum, quandonam locatio agnoscenda sit; quod ostendit ex controversiis inter illius patronos exortis. Existimat ergo verum discrimen in eo reponendum esse, quod

in locatione qui præbet operam agat proprio nomine, ex voluntate sua et capacitate personali; mandatarius autem agat nomine mandantis, et actus illius vim habeant ex istius voluntate et capacitate. Hanc explicationem multis observationibus confirmat, quæ nobis videntur satis gravis ponderis: unde, quamvis eam convellere totis viribus conatus sit TROP LONG, t. III, n° 791-811, fatemur eam nobis non videri omni verisimilitudine destitutam. Attamen in eo quod ad praxim spectat, quando determinandum erit an ex conventionem oriantur consecutaria locationi, an mandato propria, standum erit sententiæ communi, quia, cum sit adeo recepta, juxta eam convenisse præsumuntur contrahentes. De his iterum ubi *de Mandato*.

802. Tres præcipuæ locationis operarum species distinguuntur, art. 1779: locatio operariorum et famulorum; locatio vectorum qui se obligant ad res vel personas transferendas; locatio eorum qui aliquod opus exsequendum suscipiunt, gallice *des entrepreneurs*<sup>4</sup>. Sunt quædam principia his omnibus communia, quæ ex jam dictis facile intelliguntur: ea paucis exhibet TROP LONG, n° 812-827.

803. 1°. *De locatione OPERARIORUM et FAMULORUM*. Ante omnia determinandum est quinam eo nomine designentur. Porro in eo quod spectat ad famulos, certum est vocem gallicam, *domestiques*, alio prorsus sensu adhibitam fuisse ac nunc adhibetur. Cum autem in codice Civili nulla hujus vocis explicatio allata fuerit, sumenda est in sensu vulgari seu nunc communiter recepto. Plura de his apud jurisperitos. Vid. DUVERGIER, n° 276 et seq.; TROP LONG, n° 841 et seq.

In codice Civili duo tantum statuuntur. 1°. Nemo potest operam suam obligare nisi ad quoddam tempus, vel

<sup>4</sup> Nihil speciale statuitur de quadam locationis specie satis frequenti, nempe de contractu qui dicitur *de Remplacement au service militaire*. Plura dabit TROP LONG, n° 829-839.



ad opus determinatum; art. 1780. Timuit legislator ne nimium derogaretur libertati naturali, et ne locatio perpetua servitutum reducere videretur. Sed nihil obstat quin herus se obliget ad servandum famulum per totam suam vitam (ipsius heri): casum illum non attingit art. 1780, quamvis contrarium judicaverit curia Parisiensis; neque enim textus legis, neque illius motiva huic casui applicantur: **TROPLONG**, n° 857: idem supponit **DUVERGIER**, n° 286, p. 332, 333.

Quænam autem sit natura et vis nullitatis per art. 1780 inductæ, apud omnes non constat. Juxta **DUVERGIER**, n° 285, est absoluta et ordinis publici, potestque invocari non solum ab eo qui alienavit suam libertatem, sed ab eo qui emit: idem dicere videtur **DURANTON**, n° 226. Verum nobis videtur hanc non esse mentem legis. Voluit tantum consulere libertati famuli: nullitas ergo potest ab eo invocari, neque tenetur ad compensationem damnorum resiliendo a contractu, cum utatur jure suo; sed invocari nequit ab hero; hæc enim facultas potius noceret famulo, quam prodesset. Ita olim admissum fuisse testatur, et hodie etiam tenendum propugnat **TROPLONG**, n° 853-856.

2°. Si aliqua exoriatur discussio inter herum et famulum, fides adhibetur hero affirmanti circa quantitatem stipendii, circa solutionem termini elapsi, vel currentis; art. 1781. Ita statutum fuit ad præcavendas lites, ad tutandam heri auctoritatem; et non raro id vertitur in commodum famulorum, qui facilius ideo obtinent anticipatam solutionem. Sed cum hæc sit dispositio exceptionalis, restringi debet ad ea de quibus loquitur. Vid. **TOULLIER**, t. x, n° 448 et seq.; **DUVERGIER**, n° 302 et seq.; **TROPLONG**, n° 882 et seq.

804. Cæteræ igitur difficultates, de quibus nihil speciale statuit codex Civilis, solvendæ sunt ex principiis generalibus. Nonnullæ sunt de quibus hic quædam dicemus.

I. *Utrum solvi debeat stipendium famulo vel operario qui non præstitit operam conductam, aut saltem non integram?*

Agnoscent omnes in variis casibus qui occurrere possunt standum esse conventioni vel consuetudini, si quid ea de re ferant. His seclasis, distinguendum est inter varias causas ex quibus effici potest ut non præstetur opera promissa.

1°. Si *ex culpa heri*, debet nihilominus solvere stipendium promissum. Si tamen operarius alteri se locaverit, poterit detrahi quod ab isto receperit, quia reparari non debet nisi damnum illatum. Si vero se locare potuerit, et noluerit, sentiunt quidam theologi, non ipsi deberi integrum stipendium: ita etiam POTHIER, n° 173; DURANTON, n° 235; TROP LONG, n° 869: quia nempe damnum quod patitur sibi imputare debet. Docent tamen communiter theologi, inter quos DE LUGO, D. XXIX, n° 55, HAUNOLDUS, n° 364, non ideo excusari herum: operarius non tenetur ex justitia inquirere aut accipere alium conductorem, ut consulat lucro prioris; neque iste de alio quam de se ipso conqueri potest. Ita etiam DUVERGIER, n° 298, cui æquum non videtur ut damnum certum compensetur per stipendium incertum. Quamvis hæc rigori principiorum sint forsitan consentanea, difficile eam decisionem admitteremus, quando certum esset operarium potuisse alium conductorem invenire absque gravi incommodo: et revera ex tali decisione foveretur acedia operarii, cui opportunius videretur stipendium suum obtinere absque ullo labore.

2°. Si *ex culpa famuli aut operarii*, non solum amittit jus ad stipendium, sed tenetur compensare damnum quod exinde patitur herus. Sed non tenetur compensare nisi damnum reipsa illatum. Unde si ad herum sat cito redeat, poterit excusari a quacumque, aut saltem a gravi restitutione: sed herus poterit eum non recipere, si discessus

ejus habendus sit ut culpa sufficiens cur ejiciatur e domo. Ita DE LUGO, n° 56 ; HAUNOLDUS, n° 566.

3°. Si *ex casu fortuito*, seu ex causa a voluntate contrahentium independenti, agnoscunt omnes contractum pure et simpliciter resolvi, id est, neque stipendium a domino, neque operam a famulo, nec ab alterutro compensationem damnorum deberi, quando illa causa dici non potest ex partē alterutrius stare ; v. g., si opus conventum præstari nequeat ob aeris intemperiem, etc. Sed si causa illa se teneat ex parte alterutrius, licet ab ejus voluntate independentens, non pauci aliter ratiocinantur. Juxta illos, si causa illa locum habeat ex parte domini, debet stipendium : quia fidem contractus impleri æquum est, et locator habet jus ut non patiatur damnum ob causam non proveniente[m] ex parte sua. Hic tamen applicatur restrictio mox allata de operario qui alibi laboravit et stipendium recepit ; imo multo facilius applicari potest restrictio de eo qui laborare potuit et noluit ; cum enim culpa non fuerit ex parte heri, multo favorabilior est ejus conditio. Si vero causa se teneat ex parte operarii, non debetur illi stipendium ; quia herus non se obligavit ad stipendium pro opera quæ præstari nequeat ob causam proveniente[m] ex parte operarii : sed ipse ad nullam compensationem tenetur. Ita *Collat. Arabian.*, t. IV, p. 223, 224 ; ANTOINE, c. VI, q. III, p. 108, 109 ; COLLET, n° 99, 100, p. 565, 566. Verum hæc decisio adversari videtur æqualitati contractus : nam vel uterque contrahens debet omnino liberari per casum fortuitum, vel neuter. Satiùs ergo putamus dicere nihil deberi, nec salarium, nec operam, nec damnorum compensationem, quando obstitit casus fortuitus, ex quacumque parte ortus sit : illud est æqualitati contractus et principis generalibus juris magis consentaneum ; parvi enim refert qualis sit casus, modo vere fortuitus et a voluntate

utriusque independens. Et reipsa talis est decisio *Collat. Andegavensis*, conf. IX, quest. II, p. 667.

Hinc 1. si famulus aut operarius ex morbo impediatur laborare, non ipsis debetur stipendium, saltem si ægro-tatio sit diuturna. Est sententia communis theologorum, quam testantur et sequuntur DE LUGO, n° 58; HAUNOL-DUS, n° 567; *Collat. Ambianensis*, p. 225; COLLET, n° 101, p. 566; S. LIGUORI, l. 3, n° 864 : ita etiam jurisperiti; POTHIER, n° 168; DURANTON, n° 234; DU-VERGIER, n° 292; TROP LONG, n° 874. Ratio est, quia quemadmodum, ut vidimus (n° 780), conductor rei non se obligat ad solvendum pretium locationis, nisi re utatur, ita nec conductor operarum. Et revera fieri potest ut tenea-tur ad alium operarium recurrere : porro æquum non est ut duplex stipendium solvere cogatur. Dixi *Saltem si diu-urna...*; alioquin suadet æquitas ut nihil detrahatur de stipendio : quia herus facile prævidere potuit hujusmodi eventum; et hæc est recepta apud omnes, etiam medio-criter bonos, consuetudo, inquit COLLET, n° 107, p. 568 : ita etiam jurisperiti mox citati. Excipiuntur tamen ope-rarii diurni, seu ad aliquot tantum dies conducti : his sua ad ratam temporis subtrahitur merces, teste praxi ubique recepta, inquit idem COLLET, n° 108, p. 569.

Hinc 2. a fortiori si moriatur famulus aut operarius, ejus hæredes jus non habent nisi ad stipendium proportio-natum operæ quam præstitit. Contrarium quidem statui videtur l. 1, §. 13, ff, L, XIII, de *Extraordin. cognit.*, ubi dicitur mercedem non esse restituendam ab hæredibus advocati, *Quia per ipsum non steterat quominus causam ageret*. Sed quidam, quos sequitur TROP LONG, n° 878, di-cunt hoc esse privilegium advocatis concessum : alii, ut videtur, melius dicunt per ipsum clientem stetisse quomi-nus advocatus per vitam suam causam ad exitum deduce-ret, quia hæc verba *per ipsum non steterat* tempus ante

mortem denotant. Ita DE LUGO, n° 59; HAUNOLDUS, n° 568; COLLET, n° 104, p. 568.

4°. Demum si omissio præstitæ operæ oriatur *ex causa voluntaria* quoad alterutrum e contrahentibus, *sed non per seipsam culpabili*, v. g., si famulus herum deserat ad nubendum, ad succurrendum parentibus, etc., docent multi jurisperiti deberi compensationem damnorum, quia voluntarie eorum causam ponit: ita POTHIER, n° 170; DUVERGIER, n° 293; TROP LONG, n° 876, quibus videtur vim conventionis anteponi debere causis etiam honestis. Existimat tamen DURANTON, n° 232, non nimis urgendam esse obligationem talis contractus, qui ut contractus *bonæ fidei* habendus est. Quæstio igitur ad hoc reducitur, utrum censeatur apposita conditio resolutoria pro talis causæ eventu. Porro solutio videtur pendere a circumstantiis: debetur aut non debetur compensatio damnorum, prout censi poterunt contrahentes voluisse aut noluisse seipsos pro tali casu obligare.

805. II. *Utrum si famulus aut operarius se locaverit viliori pretio, vel erraverit in æstimatione operis quod in se suscepit, teneatur conductor pretium augere?*

Regulariter tenetur: quia hic ut in venditione semper servanda est æqualitas; ergo si conventio facta sit infra pretium infimum, adest obligatio damnum reparandi. Ita communiter theologi.

Dico *Regulariter*, quia possunt adesse rationes minus pretium solvendi, ut vidimus circa venditionem, cujus principia sunt hic, servata proportionem, applicanda. Sic 1°. si quis non se determinaverit ad opus aliquod suscipiendum nisi quia operarius illud pro tali pretio obtulit, æquum non est ut teneatur solvere pretium vulgare. Ita *Collat. Ambianens.*, p. 226, 227; *Collat. Andegav.*, p. 672, 673. Sic 2°. si ob aeris, v. g., intemperiem plus temporis insumpserit operarius, quam existimaverat, non ideo potest



pretii augmentum repetere : quia si minus temporis insumpsisset, non minueret pretium; ergo, etc. Ita *Collat. Andeg.*, p. 673; COLLET, p. 571, n° 114.

806. III. *An qui pluribus eandem operam locat, possit tantum a singulis exigere, quantum si uni locaret?*

Sensus quæstionis est, utrum, v. g., nuntius conductus a Petro pro tali pretio ut in talem locum pergat, possit operam suam ad idem iter Paulo, re dissimulata, pro eodem pretio locare? Ratio dubitandi esse posset quod tunc recipiat ultra justum pretium. Attamen affirmant communiter auctores, modo singulis se obliget divisim, in solidum, et singulis æqualiter prosit. Ita COLLET, n° 118, p. 573; BILLUART, D. VI, art. 1, §. III, p. 350; S. LIGUORI, n° 862. Ratio est, 1°. quia pretium operæ quæ uni præstatur non minuitur eo quod alteri præstetur : una est ab altera independens, et est virtualiter multiplex. 2°. Si proprii negotii causa vellem ire, possem nihilominus pretium exigere; ita fert usus quotidianus, ait Billuart : porro hic idem est, quia parvi refert an tua, an aliena causa eam; ergo, etc.

Dixi 1°. *Divisim*, quia si operarius pluribus conjunctim se locaverit, tunc unica censetur pro omnibus opera, unico proinde pretio solvenda : efformant tunc illi veluti quamdam societatem. Ita COLLET, p. 574, n° 120. Dixi 2°. *In solidum*, id est, ita ut si unus resiliat, vel si aliquo modo pro uno opera non fiat, operarius se obliget ad præstandum pro altero : alioquin injustum esset exigere pro opera conditionate tantum locata idem pretium ac pro absoluta. Dixi 3°. *Singulis æqualiter prosit*, alioquin non posset ab unoquoque totum pretium exigere, ut patet.

Cæterum in hujusmodi casibus præcipue attendendum est ad conventionem sive expressam, sive implicitam, seu quæ oritur ex consuetudine.

807. II°. De locatione VECTORUM (*des voituriers par*

*terre et par eau*). Eo nomine designantur quicumque curam suscipiunt transferendi res vel personas. Illi autem duplicis sunt generis, ut exponit PARDESSUS, *Droit commercial*, t. II, n° 537 : quidam privatim, seu quando ipsis libet et pretio convento vecturam faciunt, et dici possunt *Entrepreneurs particuliers*; alii publice, id est, determinatis diebus et horis, et pretio publice prænuntiato, et vocantur *Entrepreneurs publics*. Sed nomen istud aptari potest iis omnibus qui palam profitentur hujus operæ exercitium, sicque differunt a privato qui nonnisi per accidens et in casu tantum peculiari vecturam ageret. Vid. TROPLONG, n° 897. Conventio cum vectoribus inita vulgo habetur ut locatio operæ : aliquando tamen haberi debet ut vera locatio rei, ideoque locatori imponens obligationes art. 1719 sancitas, v. g., quando quis conduxit locum determinatum in navigio, rheda vectoria, etc. *ibid.*, n° 904-906.

Hæc solum statuit codex Civilis. 1°. Ex art. 1782, vectores subjiciuntur quoad custodiam rei sibi commissæ iisdem regulis quæ statuuntur quoad caupones art. 1949 et seq. Hæc dispositio extendi non debet ad probationem depositi; id est, in præsentī casu applicari non debet art. 1950, ex quo admittitur probatio per testes licet valor superet 150 francos : non enim militat eadem ratio, ex eo nempe desumpta quod in casu depositi necessariū liberum non fuerit deponenti probationem scriptam habere. Ita DURANTON, n° 242; TROPLONG, n° 908; DUVERGIER, n° 321. Sed ex art. 1785 debent vectores inscribere ea quæ ipsis committuntur : interest autem ipsorum committentium ne ea inscriptio omittatur, ut exinde probatio ipsis subministretur. Ea autem probatione posita, jam vectores tenentur de rei amissione aut deterioratione, nisi probent eam accidisse ex casu fortuito, vel vi majori; art. 1784. Ratio est, juxta TROPLONG, n° 936, quia statim ac vector rem accepit, fit illius debitor; ergo ut libe-

retur a sua obligatione, ipsi incumbit onus probandi rem fuisse amissam aut deterioratam absque ipsius culpa : si vero id non probet, tenetur solvere pretium rei amissæ.

Sed quodnam pretium, si, ut plerumque fit, non fuerit declaratum?— Quidquid dixerint ii quorum interest, nulla lex determinavit quemdam valorem ultra quem restitutio non deberetur: vid. TROPLONG, n° 922-925; DURANTON, n° 243; DUVERGIER, n° 321-324. Sed ut se eximant ab obligatione solvendi nimium valorem, solent tradere viatoribus chirographum in quo declaratur non posse, in casu rei amisæ, repeti nisi talem valorem, scilicet non ultra 150 fr. Existimat DUVERGIER, n° 325, eum qui talem chirographum acceptat se subicere conditioni in eo expressæ, nec proinde posse amplius repetere : et ita satis communiter apprehendi videtur. Attamen docent PARDESUS, n° 553, et TROPLONG, n<sup>is</sup> 926, et 950-952, non esse in potestate vectorum sic restringere onus sibi impositum; ideoque ipsos teneri ad restitutionem totius valoris, modo satis constet vel per viam quam suppeditat art. 1369, vel per aliam quæ sit sufficiens; et in eo sensu judicarunt quædam tribunalia, ut referunt auctores citati. Cæterum ut vectoribus incumbat talis obligatio, sufficit ut res ipsis tradita fuerit in portu, vel in loco ab ipsis designato, ex quo in navigium vel rhedam transferatur; art. 1783 : modo tamen *ipsis* vere tradita fuerit, nempe iis qui præponuntur ad res hujusmodi recipiendas, inter quos recenseri debet ductor (*le conducteur*) in decursu itineris; TROPLONG, n° 929-934.

2°. Ex art. 1786, vectores varii subjiuntur specialibus regulis, quæ legem efformant inter ipsos et eos qui cum illis contrahunt. Leges et edicta quibus continentur illæ regulæ indicat DUVERGIER, n° 319 : vid. etiam TROPLONG, n° 897-301. Plura etiam præscribuntur in codice Commercii, art. 96-108 : pleraque possunt cum debita

proportione applicari etiamsi qui merces committunt commercium non exerçant, inquit DUVERGIER, n° 332. Vid. etiam art. 273 et seq. ejusdem codicis Commericii.

808. III°. De locatione eorum qui opus aliquod exsequendum suscipiunt, gallice DES ENTREPRENEURS. Differt iste contractus ab eo de quo loquebamur n° 803, ratione objecti: in priori, conventio pro objecto habet directe operam seu laborem; in isto autem, opus ipsum seu fructum laboris. Ex eo discrimine plura educuntur consecutaria, ut in decursu videbimus. Vid. DURANTON, n° 248; DUVERGIER, n° 333; TROPLONG, n° 959.

Variis modis fieri potest præsens contractus. 1°. Aliquando fit pro unico pretio totius operis; quod Romani dicebant *per aversionem*: aliquando pro pretio solvendo juxta mensuram (*à tant la pièce ou la mesure*), seu, ut Romani loquebantur, *in pedes, mensurasve*.

2°. Conveniri potest ut ille qui opus suscipit præbeat solum laborem suum seu industriam, vel ut simul præbeat materiam; art. 1787. In priori hypothese, satis patet esse locationem: in posteriori vero, non ita: art. 1711 videtur excludere contractum locationis, quem contra supponit art. 1787; unde existimant DURANTON, n° 250, p. 237, et DUVERGIER, n° 334, 335, duos articulos sibi invicem adversari. Verum attentis juris Romani dispositionibus, et articuli 1787 discussionibus, ostendit TROPLONG, n° 962-968, nullam esse oppositionem: non obstat posterior iste articulus, quin dicatur adesse simul locationem laboris, et venditionem materiæ; quando vero materiam integram aut saltem præcipuam subministrat operarius, prævalet secundus respectus, et contractus dicitur venditio, quemadmodum ubi quis ab opifice emit opus jam antea confectum.

809. His præmissis, ad quædam puncta reduci possunt quæ in codice Civili statuuntur.

I. *De interitu rei.* Præ oculis habendum est axioma : *Res perit domino* ; et exinde deducuntur principia solutionis in diversis casibus.

1°. Quando operarius materiam subministrat, si res pereat quocumque modo antequam tradita fuerit, perit operario, nisi dominus esset in mora rem recipiendi ; art. 1788. Ita olim admittebatur : et ratio est, quia res est adhuc sub dominio operarii ; TROPLONG, n<sup>is</sup> 975, 976. Dicitur *Nisi dominus...*, quia si sit in mora rem recipiendi, jam contractus perfectus erat ex parte operarii, qui proinde non debet periculo rei adhuc subjici.

2°. Quando materia pertinet ad dominum, et operarius non subministrat nisi laborem et industriam, si res pereat, operarius non tenetur nisi de culpa sua ; art. 1789 : sed si res pereat, etiam sine ipsius culpa, antequam dominus vel eam admiserit, vel sit in mora recipiendi, operarius jus non habet ad stipendium, nisi interitus ortus sit ex vitio ipsius rei ; art. 1790. Olim non idem statuebatur : labor operarii habebatur ut accessorium rei, seu rei accedebat simul atque positus erat ; ideoque peribat domino, qui debebat operario solvere stipendium proportionatum. Hodie vero quamdiu opus consummatum non est, labor censetur esse operarii, sicut res est domini ; unde utrique res sua perit. Ita TROPLONG, n<sup>is</sup> 971, 977, 978, qui merito observat dispositionem juris novi esse magis æquitati et voluntati præsumptæ contrahentium consentaneam : idem judicat DELVINCOURT, *Notes*, p. 215.

Dicitur 1°. *Sine culpa operarii*, quia apertum est eum teneri de culpa sua juxta antea dicta : unde si per culpam rem destruat, vel si esset in mora rem tradendi quando furto sublata fuit, tenebitur restituere : TROPLONG, n<sup>is</sup> 981, 983. Dicitur 2°. *Nisi ex vitio rei...*, quia operarius non debet amittere fructum sui laboris eo quod ipsi tradita sit res vitiosa ; si tamen vitium potuerit ab initio advertere, nec



dominum præmonuerit, est ipse in culpa : *ibid.*, n<sup>o</sup> 984, 985. Cum autem operarius sit debitor rei, quam tenetur tradere domino, ut possit a sua obligatione liberari, ipsi probandum incumbit rem periisse vel casu fortuito, vel ex ipsius rei vitio : *ibid.*, n<sup>o</sup> 987. Igitur ipsius interest ut quam citius ab eo onere se subleuet : ideo si agatur de opere *ad pedes mensurasve*, potest obtinere ut verificetur per partes, et censetur facta verificatio quoad omnes partes quarum pretium recepit, quando solvitur pretium proportionem habita operis; art. 1791 : *ibid.*, n<sup>o</sup> 989, 990.

810. II. *De constructione ædificiorum* speciatim plura statuuntur satis gravis momenti.

1<sup>o</sup>. Si ædificium totum vel partim corruat ex vitio constructionis, etiam ex vitio soli, architecti et opifices tenentur de eo per decem annos; art. 1792. Igitur intuitu boni publici gravius onus hic imponitur quam in cæteris materiis. Nam 1. non admittitur excusatio *ex vitio soli*, quia architecti et opificum est illud dignoscere. Quamvis autem dicat DURANTON, n<sup>o</sup> 255, p. 248, eos liberari, si dominum præmonuerint, et iste nihilominus constructionem voluerit, ostendunt TROPLONG, n<sup>o</sup> 995, 996, et DUVERGIER, n<sup>o</sup> 351, ex discussionibus citati articuli, obstare legem ne id admittatur, quia per conventiones privatas derogari nequit iis quæ exigit securitas publica. 2. Non sufficit ut opus admissum a domino fuerit, sed requiritur ut exinde decem anni effluerint. Si antea ædificium corruat, aut periclitetur, dominus recursum habet, et quidem per triginta annos a die quo vitium aut periculum innotescit numerandos : TROPLONG, n<sup>o</sup> 997 et seq. Docet idem auctor, n<sup>o</sup> 1015, contra DURANTON, n<sup>o</sup> 255, hanc dispositionem non applicari quando architectus ædificat in proprio solo et cum propria materia domum quam ædificandi aliquis ei curam commisit, quia tunc est merus venditor, et subijcitur tantum dispositionibus latis circa venditorem.

2°. Quando architectus vel opifex ædificium construit in solo alieno, pretio convento (*à forfait*), et juxta formam determinatam, non potest augmentum pretii exigere, etiam propter mutationem aut incrementa superaddita, nisi hæc scripto approbata fuerint a domino, et eorum pretium determinatum fuerit; art. 1793. Lex voluit præcavere fraudes quibus non raro hujusmodi opifices derogant, sub eo prætextu, conventionibus initis. Vid. TROPLONG, n° 1016 et seq.

811. III. *De resolutione contractus.* 1°. Dominus potest pro nutu suo resilire a conventionione, licet opus incæptum fuerit, modo operario solvat impensas, pretium laboris, et lucrum quod ex eo opere percepturus fuisset; art. 1794. Sic consulitur bono domini, absque damno operarii. Non potest igitur operarius exigere compensationem lucri quod percepturus fuisset ex aliis operibus, a quibus suscipiendis forte impeditus fuit: id propositum fuerat, sed a legislatore admissum non fuit; TROPLONG, n° 1026. Attamen in foro interno, si adfuerit fraus ex parte domini, profecto tenebitur etiam de lucro cessante. E lucro autem quod percepturus fuisset in eo opere nihil deducendum est ratione operis et curarum a quibus immunis factus est; *ibid.*: de eo agemus ubi *de Lucro cessante in Mutuo*.

2°. Contractus dissolvitur per mortem opificis; sed dominusolvere tenetur ejus hæredibus pretium laboris, et materiæ præparatæ, quando hæc ipsi prodesse possunt; art. 1795, 1796. Olim hæc regula non admittebatur nisi quoad opera quæ peritiam peculiarem in opifice requirunt; hodie idem sancitur pro quolibet opere: TROPLONG, n° 1033, 1034. Miram videri potest quod nihil opifici tribuatur, nisi posita utilitate domino obveniente; sed æquum non est ut ipse subjiatur damno perferendo ad removendum damnum quod naturaliter ex morte opificis subire debent ipsius hæredes: *ibid.*, n° 1040 et seq.

ART. 3. *De locatione animalium.*

812. Contractus ille, ut jam dictum est, vocatur *Bail à cheptel*. Vox ista, *Cheptel*, quæ oritur vel a voce latina *Capitale*, quia capitibus constat, vel a voce celtica *Chatal*, quæ significat *Bétail*, aliquando designat contractum, ut in art. 1815, 1818, aliquando ipsum animalium gregem qui est objectum contractus, ut in art. 1805, 1806.

Definitur ille contractus : Conventio qua unus alteri tradit quoddam animalium capitale cum onere pascendi et servandi sub certis conditionibus; art. 1800. Dicitur *Animalium capitale*, quia sedulo advertunt jurisperiti in isto contractu non spectari animalia seorsim, seu, ut dicitur in jure, *ut singula capita*, sed simul et gregatim, seu *ut universitatem*. TROPLONG, n<sup>is</sup> 1054 et 1056.

Hæc definitio est valde generalis, et videri posset non satis adæquata : sed vix alia dari potest, cum sub eo genere variæ includantur species, quæ in tam multis differunt, ut quæ uni conveniunt non possint aliis aptari. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 1055. Eadem ex causa difficile determinari potest ad quamnam præcise contractus speciem referri debeat. Aliquando haberi debet ut societas, ut in casu articuli 1818; aliquando ut mera locatio, quando nempe excluditur communitas lucri et damni, art. 1823, 1825 : sed extra has hypothesas, quidam referunt ad locationem, quidam ad societatem; posterioribus assentitur TROPLONG, n<sup>o</sup> 1058-1063.

Plures sunt hujus locationis species : *Le cheptel simple ou ordinaire; le cheptel à moitié; le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire; une quatrième espèce de contrat improprement appelé cheptel*; art. 1801. De his sigillatim varias tradit regulas codex Civilis, quas breviter indicabimus.

813. Sed antea quædam traduntur principia generalia.

1<sup>o</sup>. Hic contractus fieri potest circa quæcumque animalia e quibus lucrum educi potest in favorem agriculturæ vel

commercii; art. 1802. Olim pluribus in locis dubium movebatur de suis : hodie per generalitatem verborum sublata est difficultas, juxta omnes jurisperitos. Vid. TROPLONG, n° 1067. Non videtur tamen unquam institutus talis contractus de volatilibus domesticis; *ibid.*, n° 1068.

2°. Deficientibus conventionibus privatis, contractus subjicitur regulis in lege determinatis; art. 1803. Dispositiones igitur legis non applicantur nisi ad supplendas conventiones privatas. Sunt tamen quædam conventiones quæ per legem reprobantur (art. 1811, 1819, 1828), ut in decursu videbitur. Harum prohibitionum ratio hæc fuit, juxta jurisperitos. Plerumque ii quibus traditur grex animalium (*les chepteliers*) sunt pauperes et miserabiles, et ex tali conventionione sibi victum quærunt. Timendum ergo erat ne deciperentur, vel ex necessitate consentirent conditionibus sibi nimium onerosis. Lex igitur, ut eis subveniret, prohibuit et irritas declaravit in eorum gratiam plures conditiones. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 205; DUVERGIER, n° 389; TROPLONG, n° 1113. De vi et effectu harum prohibitionum in decursu dicetur.

3°. Contractus ille nulli speciali formæ subjicitur : potest ergo fieri per scriptum privatum, imo et meris verbis : TROPLONG, n° 1070. Quærit DELVINCOURT, *Notes*, p. 204, an habendus sit ut realis, an ut consensualis : et post citatum antiquum jurisperitum qui eum pro reali habebat, addit huic opinioni favere articulum 1800.

814. His præmissis, 1°. *de contractu* dicto CHEPTTEL SIMPLE. Ille est qui fit ea conditione ut accipiens habeat dimidiam partem lucri, et patiatur dimidiam partem damni; art. 1804. Hæc est notio generalis : sed ut melius innotescat contractus natura, quædam addenda sunt.

1°. Dominium gregis remanet penes dantem. Unde si agnoscatur in eo contractu societas, non spectat nisi ad fruitionem gregis. Imo quamvis in pluribus aliis contrac-

tibus æstimatio faciat venditionem, aliud in præsentī statuitur; art. 1805 : æstimatio, quæ non est quidem necessaria, sed valde tamen expedit, ad id inservit ut in fine contractus dignoscatur utrum lucrum, an damnum adfuerit.

2°. Per lucrum cujus dimidia pars tribuitur accipienti, intelliguntur fœtus animalium, et lanæ; art. 1811. Sed lactinia, stercora, et labor animalium ipsi ex integro tribuuntur; *ibidem* : nempe in compensationem curarum quas adhibere debet ad pascendum et custodiendum gregem. Juxta TROPLONG, n° 1120, quamvis ei tribuatur labor animalium, non posset ea locare.

3°. Irrita declaratur conventio, qua in accipientem rejiceretur interitus totius gregis sine ipsius culpa accidens, vel major pars damni quam lucri; item qua tradenti gregem tribueretur facultas aliquid in fine contractus accipiendi ultra id quod dedit; art. 1811. Quamvis ille articulus irritam expresse non declaret conventionem qua aliquid detraheretur ex iis quæ accipienti in ultima articuli parte tribuuntur, ideoque eam validam propugnet DUVERGIER, n<sup>is</sup> 408, 409, videtur eam fuisse legislatoris mentem ut pro irrita haberetur : per eam enim tollitur æqualitas quam statuere voluit, seu vere minus lucri quam damni habet accipiens. Ita fuse TROPLONG, n° 1126-1129; et brevius DELVINCOURT, *Notes*, p. 206; DURANTON, n° 277. Cæterum hæc nullitas fertur tantum in gratiam accipientis, ac proinde ab ipso solo invocari potest : DUVERGIER, n° 410; TROPLONG, n<sup>is</sup> 1131, 1136.

815. Exposita contractus natura, ad hæc reduci possunt quæ de eo statuuntur.

1°. Accipiens tenetur ad curam boni patrisfamilias in custodiendo grege; art. 1806. Quo sensu id intelligendum, jam satis diximus (n° 280). Non tenetur ergo de culpa levissima, ut hic iterum exponit TROPLONG, n° 1078-1080. A fortiori non tenetur de casu fortuito, nisi præ-



cesserit ex ipsius parte culpa sine qua casus non accidisset; art. 1807. Sed ipsi incumbit onus probandi casum fortuitum; alioquin præsumitur in culpa: ita art. 1808, qui sic dirimit controversiam quæ olim inter jurisperitos vigeat: TROPLONG, n° 1085-1091. Sed ex eodem articulo, si alter contrahens contendat casui fortuito adjunctam fuisse culpam ex parte accipientis, debet illud probare: juxta TROPLONG, n° 1092, ex jure communi custodi incumberet onus probandi, non tantum casum fortuitum, sed etiam absentiam culpæ ex parte sua; hæc derogatio inducta fuit ex æquitate, in favorem accipientium, ordinariæ satis miserorum, ut jam diximus.

Diximus *Non tenetur de casu fortuito*, id est, non tenetur solvere valorem rei amissæ, nec compensationem damnorum. Sed 1. debet rationem reddere pellium; art. 1809: id est, vel eas exhibere, vel explicare cur non exhibeat. 2. Non ideo penitus extraneus remanet jacturæ gregis. Si totus grex amittatur, jactura recidit in eum qui tradiderat: si vero pars tantum, inter utrumque dividitur. Ita saltem statuit art. 1810, qui non paucis animadversionibus locum dedit.

Olim disputabant auctores, an posset, an deberet jactura gregis recidere in accipientem. Strenue propugnabat *Collat. Parisiensis, de Usura*, t. II, l. VI, conf. II, p. 417 et seq., non posse jacturam rejici in accipientem: quia *Res perit domino*; et si dominus non subeat periculum, jam tollitur societas, et æqualitas contractus: illudque multiplicitate auctoritate confirmabat, imprimis Sixti V in constitutione de qua loquemur ubi de *Triplici contractu*, et conciliorum Mediolanensis et Burdigalensis. Contra, non minus strenue conabatur POTHIER, *Cheptel*, n° 8 et seq., argumenta Collatoris Parisiensis convellere, et ostendere conventionem qua jactura rejicitur in accipientem licitam esse posse, saltem, ut explicat

n<sup>o</sup> 19, 20, in quibusdam locis; in iis nempe in quibus custodis cura et labor satis compensatur per fructus quos solus educit e grege, quia tunc periculum jacturæ compensatur per aliud lucrum cujus dimidia pars ipsi conceditur. Post allatas has duas opiniones, *Collat. Andegav.*, conf. VIII, quest. III, p. 612 et seq., concludebat, p. 616, in praxi standum esse consuetudini locorum; id est, sequenda esse principia prioris opinionis in locis in quibus non solent fieri hujusmodi conventiones, in aliis vero posse admitti secundam opinionem per modum exceptionis. Tandem COQUILLE, jurisperitus Nivernensis, tertiam proposuerat opinionem. Juxta illum, jactura totius gregis non cadit in accipientem; quia, deficiente grege, deficit contractus, ac proinde custos liber est: in casu vero jacturæ partialis, stat semper contractus; custos habendus est ut usufructuarius, qui debet illam jacturam reparare ope novorum animalium quæ nascuntur, neque interim ex foetibus ipse lucrum educere potest, quamvis non teneatur nisi de animalibus quæ nascuntur, in sensu articuli 616. Has opiniones refert TROPLONG, n<sup>o</sup> 1097-1101 et 1106.

Inter hæc, quid statuit codex Civilis? Primam sequitur opinionem quoad jacturam totalem; in quo nulla videtur difficultas, cum *res pereat domino*: sed ab illa recedit quoad jacturam partialem. Non admisit varias distinctiones in secunda opinione allatas, sive pro jactura totali, sive pro partiali. Tandem adhæret sub aliquo respectu tertiæ opinioni, sed ultra progreditur, cum accipiens teneatur, in casu jacturæ partialis, e suo supplere: *ibid.*, n<sup>o</sup> 1103-1106. Jam vero agnoscunt jurisperiti vix asserri posse solidam rationem ultimæ istius dispositionis, ex qua efficitur ut custodi optabilius sit totum gregem amitti quam partem tantum; quod certe non raro multis incommodis locum dare potest: unde agnoscunt æquitati et bono publico magis congruam esse opinionem quam tenebant

theologi; *ibid.*, n° 1107-1111; DURANTON, n° 274: *Dura lex*, inquiunt, *sed lex est*. In foro conscientiae, existimamus inquirendum esse in casibus occurrentibus, an stante dispositione legis servetur aequalitas, necne: si servetur, quia nempe gregis custos invenit in lucro percepto compensationem, non tantum laboris et curae, sed etiam periculi cui exponitur, jam tuta est conscientia; si vero non servetur aequalitas, alio saltem modo reducenda erit: quod fieri poterit etiam derogando illi juris dispositioni per conventiones expressas, ut suadet TROPLONG, n° 1111.

816. — 2°. Neuter e contrahentibus potest sine consensu alterius disponere de ullo animali, vel de ejus foetu; art. 1812. Grex est sub dominio tradentis (n° 814): ergo custos non potest disponere. Si tamen disponat, poterit dominus exigere compensationem damni; sed non poterit animalia alienata vindicare sibi apud eos qui acquisierint, quia obstat art. 2279, ex quo *mobiliū possessio æquivallet titulo*: talem fuisse legislatoris mentem ex discussione ostendit TROPLONG, n° 1143-1148: idemque docent DELVIN COURT, *Notes*, p. 208, DURANTON, n° 282, et DUVERGIER, n° 414. Ex sua parte, dominus gregis tenetur præstare ut custos eo frui possit; ergo non potest de animalibus disponere. Quoad foetus autem, sunt inter utrumque communes; neuter ergo potest ante partitionem de iis disponere.

3°. Accipiens non potest tondere, nisi præmonito domino gregis; art. 1814. Ita statuitur, ut præcaveantur fraudes in partitione lanarum.

4°. Si grex tradatur conductori prædii alieni, moneri debet prædii dominus; qui alioquin posset gregem habere ut pignus pretii sibi a conductore debiti; art. 1813. Inter dominum prædii, et dominum gregis, mirum non est quod prævaleat jus prioris, utpote principale, nisi posterior sibi consuluerit: ita statuit art. 2102-4°; TROPLONG, n° 1157.

817. — 5°. Si tempus determinatum non fuerit per conventionem, contractus censetur initus pro triennio; art. 1815. Potest dominus gregis postulare ante terminum resolutionem contractus, si custos obligationibus suis non satisfaciat; art. 1816 : idem jus custodi competit erga dominum; TROPLONG, n° 1184. Si termino elapso, res in eodem statu permaneant, adest tacita reconductio, quæ censetur inita pro triennio : *ibid.*, n<sup>is</sup> 1179, 1180; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 423, 424.

Utrum contractus dissolvatur per mortem unius e contrahentibus, non statuit codex Civilis. Juxta TROPLONG, n° 1186, dissolvitur per mortem custodis; quia applicandus est art. 1795, si habeatur ut locatio, vel art. 1865, si habeatur ut societas : sed non dissolvitur per mortem tradentis.

6°. Elapso termino, vel resolutio contractu, nova fit æstimatio gregis. Qui gregem tradidit potest sibi vindicare animalia cujusque speciei, quorum valor attingat priorem æstimationem : quod superest, inter utrumque contrahentem dividitur. Si valor omnium animalium non attingat priorem æstimationem, qui gregem tradidit eum totum recipit, et damnum inter utrumque dividitur. Ita art. 1817.

818. II°. *De contractu dicto CHEPTEL A MOITIÉ.* Ille contractus est societas in qua quilibet e contrahentibus confert dimidiam partem animalium, quæ communia remanent quoad lucrum et damnum; art. 1818. Hic igitur non tantum fruitio gregis, ut in casu præcedenti, sed et ipsum dominium in communi reponitur.

Accipiens solus fruitur lacticiniis, labore et stercoribus; alter jus non habet nisi ad dimidiam partem lanarum et fœtuum : irrita est omnis conventio in contrarium, nisi accipiens sit colonus prædii cujus alter est dominus; art. 1819.

Cæteræ regulæ contractus præcedentis (*du cheptel simple*)

isti applicantur; art. 1820: nisi tamen quod jactura totius gregis non cadat in solum tradentem, sed etiam pro dimidia parte in accipientem, quia *Res communis perit sociis*; ut observant DURANTON, n° 292; DUVERGIER, n° 434.

819. III°. *De locatione animalium inita inter dominum prædii, et ipsius conductorem seu colonum partiarium.* Codex Civilis seorsim agit de conductore ordinario, gallice *fermier*, et de colono partiaro.

I. *Du cheptel donné au fermier.* Est contractus quo dominus prædium locat ea conditione ut, elapso locationis termino, conductor relinquat gregem ejusdem valoris quem habebat quando illum recepit; art. 1821. Vocatur *Cheptel de fer*, quia nempe, ut ait antiquus jurisperitus apud TROPLONG, n° 1216, animalia dicuntur *Bestes de fer, parce qu'elles ne peuvent mourir à leur seigneur*; vel, ut alii dicunt, quia grex quasi alligatur prædio. Grex, licet æstimetur, non transit in dominium conductoris, sed est illius periculo; art. 1822: unde jactura, etiam totalis, et ex casu fortuito, in eum recidit, seclusa conventionione contraria; art. 1825. Sed omne lucrum ei tribuitur, seclusa pariter conventionione contraria; art. 1823: nisi quod stercora in prædio locato tantum adhiberi debeant; art. 1824. Propter eandem rationem, conductor nequit, cessante locatione, gregem sibi retinere, solvendo æstimationis primævæ valorem; sed debet relinquere gregem ejusdem valoris: si valor sit imminutus, debet solvere compensationem; et non potest retinere, nisi in quantum valor auctus est; art. 1826. Illa dispositio, præterquam quod sequitur ex principio articuli 1822, sancita est propter bonum agriculturæ: TROPLONG, n° 1239.

Quamvis hujusmodi contractum ut usurarium et injustum damnaverit *Theolog. Gratianopolitanus* (GENET, postea episcopus Vasionensis), t. I, tr. IV, c. XIII, p. 428 et seq., quem confutat POTHIER, n° 70, et redarguit TROP-



LONG, n° 1222, hodie vulgo ut licitus admittitur. Et revera, ut ait *Theolog. Tolosan.*, p. 507, nulla injustitia in eo deprehenditur. Nam 1. custodiæ sumptus compensantur per lacticinia, labores, et maxime per stercora, quæ licet in fundo locato spargi debeant, in conductoris utilitatem vertuntur, quia segetes magis copiosas efficiunt. 2. Periculum animalium quæ forte interibunt abunde compensatur per spem lucri quod totum conductori adscribitur. 3. Frequentissimæ praxis est in omni regione etiam apud probos et pios homines. Addi potest cum jurisperitis mox citatis, æquum esse ut prædium grege instructum majori pretio locari possit quam si eo esset destitutum.

Cæterum ex modo dictis per conventiones speciales derogari potest quibusdam legis dispositionibus, sive circa lucrum, sive circa damnum: sed in eo casu supponitur pretium locationis ita determinari, ut, non obstantibus his conventionibus, servetur in contractu æqualitas.

820. II. *Du cheptel donné au colon partiaire.* Differt iste contractus a præcedenti, quemadmodum colonus partiarus differt a conductore ordinario. Igitur magis accedit ad contractum *de cheptel simple, ou à moitié*. Hinc istius regulis subjicitur; art. 1830. Tria tantum speciatim hic statuuntur, et quidem ex diversis motivis.

1°. Si grex totus amittatur sine culpa coloni, jactura cadit tantum in dominum; art. 1827. Ita statutum fuit, juxta TROP LONG, n° 1249, ne existimaretur colonum, qui partem habet in omnibus fructibus gregis, debere etiam in totali gregis jactura partem habere.

2°. Conveniri potest colonum relicturum esse domino partem lanæ sibi obvenientem, pro pretio minori quam communiter valeat; vel dominum habiturum esse majorem partem lucri, aut dimidiam partem lacticiniorum: sed conveniri non potest ut colonus teneatur de integra jactura; art. 1828. Prior pars in eo nititur, quod colonus

ART. III. DE LOCATIONE ANIMALIUM (DU CHEPTEL). 497

partiaris plura commoda habeat quam conductor ordinarius, cum dominus præbeat unde custodiatur et pascatur grex: TROPLONG, n° 1250-1252. Posterior autem, in eo quod nimis onerosum esset colono ferre jacturam integram gregis: *ibid.*, n° 1253-1255.

3°. Tandem contractus iste desinit cum locatione ipsius prædii; art. 1829. Accessorium sequitur principale; unde hic non applicatur art. 1815.

821. IV°. De contractu qui IMPROPRIE dicitur *Cheptel*. Ille est quo una aut plures vaccæ villico pascendæ et servandæ traduntur, ea conditione ut illarum dominium et periculum remaneat apud tradentem, qui nullum aliud lucrum percipit nisi vitulos qui ex illis nascuntur; art. 1831. Contractus ille, de quo solus POTHIER olim loquebatur, n° 71 et seq., nonnisi improprie dicitur *Cheptel*, quia hic non spectantur nisi unum aut *singula capita*, non vero *universitas* (vid. n° 812): TROPLONG, n° 1271. Juxta POTHIER, n° 71, non est locatio, vel societas, sed contractus innominatus, *do ut facias*. Juxta TROPLONG, n° 1262, haberi potest ut locatio operæ: villicus se obligat ad custodiendam et servandam vaccam, et pro pretio recipit lacticinia, laborem et stercorea. Hinc licitus est talis contractus, cum servetur æqualitas, ut observat *Theolog. Tolosan.*, p. 508. Imo, pergit idem auctor, pariter licitus esset, si lucrum ex vitulis speratum, et damnum quod timetur ex interitu vaccarum divideretur inter tradentem et accipientem, maxime si ex illis plurimi gignendi sperarentur vituli. In ea hypothesisi, quam memorat POTHIER, n° 77, existimat TROPLONG, n° 1271, jam non adfuturam locationem, sed societatem simplicem: cæterum utrumque judicat conventionem justam et legalem fore, si vacca esset junior; secus vero, si jam ex ea vix sperandi essent vituli, quia tunc non servaretur æqualitas inter spem lucri et metum damni.

## CAPUT VI.

## DE MANDATO.

822. Per mandatum generatim intelligitur contractus quo aliquid agendum committitur et suscipitur. Sic dicitur a *manu data*, quia olim apud Romanos qui negotium gerendum pro altero suscipiebat, manum ipsi porrigebat in *symbolum fidei datæ*, ut dicebatur. Jam observavimus (n° 801) magnam esse analogiam inter locationem operarum et mandatum : et hæc est ratio cur de mandato in præsentī loco agamus. Quidquid ad hunc contractum spectat, quatuor articulis complectemur : 1°. de natura et forma mandati ; 2°. de obligationibus mandatarii ; 3°. de obligationibus mandantis ; 4°. de modis quibus solvitur mandatum.

ART. 1. *De natura et forma mandati.*

823. Mandatum aliquando confunditur cum procuratione ; sed si omnino accurate loqui velimus, ab ea distinguī debet. Per procurationem sæpe intelligitur ipsum instrumentum quo continetur mandatum. Sed etiam abstrahendo ab illo respectu, procuratio stricte sumpta designat solum actum illius qui alteri confert potestatem negotium gerendi ; si alter hanc potestatem acceptet, efformatur quidem contractus, sed nondum adest mandatum : requiritur insuper ut ille qui confert potestatem simul curam committat negotii gerendi, et ut alter hanc curam in se suscipiat. Ordinarie qui confert aut acceptat potestatem, censetur committere aut suscipere curam, sed non necessario. Mandatum ergo non adest, nisi concurrat duorum consensus circa curam negotii gerendi. Si spectetur tantum consensus committentis, est mera procuratio ; si quis suscipiat negotium alterius sibi non commissum, est tantum quasi-contractus qui dicitur *Negotiorum gestio*,

vel *susceptio*. Pariter si alteruter e contrahentibus intendat potestatem, non vero curam negotii gerendi, erit contractus procurationis, si ita loqui possumus, sed non mandati. Hæc autem duo ab invicem discernere, extraneorum qui cum mandatario pacti sunt parvi interest, quia ad eorum securitatem satis est ut adfuerit procuratio; sed interest ipsorum contrahentium, ut determinentur mutua erga se invicem officia, quæ nunnisi ex contractu mandati exsurgunt. Vid. DURANTON, t. XVIII, n<sup>is</sup> 189, 190; DE-MANTE, *Programme*, t. III, n<sup>o</sup> 729.

Mandatum in duplici ordine spectari potest: in ordine mere civili, et in ordine commerciali. In posteriori isto ordine, dicitur *contrat de Commission*, de quo agitur art. 91 et seq. codicis Commericii. De eo exstat specialis tractatus, pluries a nobis jam allegatus, *Tr. du Contr. de Commission*, par MM. DELAMARRE et LE POITVIN, 3 vol. in-8<sup>o</sup> <sup>1</sup>. Juxta eos auctores, n<sup>o</sup> 30, p. 52, et n<sup>is</sup> 32 et 47, peculiaris ista species mandati ex his duobus constituitur, quod nempe committatur cura unius negotii, aut etiam plurium, modo sint in individuo determinata; et quod hæc negotia sint commercialia. De eo hic ex professo non agimus, sed tantum de mandato in ordine civili: hæc in pluribus a se invicem differre in decursu videbimus.

824. Sed ut penitus innotescat mandati natura, paulo distinctius exponendum est quænam ad ejus substantiam pertineant, et deinde ad quamnam contractuum classem referendum sit.

I. Ex art. 1984 codicis Civilis, requiritur ut negotium commissum sit *in gratiam ipsius mandantis*, pour le mandant. Si agatur de negotio quod non intersit nisi ipsius

<sup>1</sup> Nondum prodiit tom. III. Hoc opus plurimis laudibus prosequitur TROPLONG, *Revue de Légistat. et de Jurispr.*, t. XVI, p. 47 et seq. « Ce travail nous a paru fort distingué.... Quelques parties nous ont paru traitées avec une véritable supériorité. » P. 48, 57.

mandatarii, aderit consilium, ex quo oriri poterunt nonnullæ obligationes pro consulente, si fraudulenter egerit, sed non aderit mandatum. Si vero sit in gratiam tertii, generatim dici potest non esse mandatum, quia nemo potest alteri stipulari, ut jam exposuimus (n° 231). Attamen in jure Romano admittebatur mandatum *aliena tantum gratia* : quod variis modis explicabant auctores, ut videri potest apud POTHIER, *Mandat*, n° 17, et DURANTON, n° 200, 201. Hodie dicendum videtur cum DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 238, 239, valere mandatum in gratiam tertii, si negotium aliquomodo mandantis intersit, v. g., quia jam ipse cœperat illud gerere, et nisi per alium perfici curaret, posset obligari ex art. 1372 ad compensationem damnorum. Si vero mandantis non intersit, irritum erit mandatum in eo sensu quod, si mandatarius non gerat negotium, nullam debeat compensationem damnorum mandanti, cujus nihili interest. Sed si mandatarius exsecutus fuerit, validum efficietur mandatum : tum quia mandatarius tunc recursum habet adversus mandantem pro impensis quas subiit, ac proinde et ipse mandans recursum habere debet ut sibi reddatur ratio executionis; tum præsertim quia mandans censetur fecisse quod exsecutus est mandatarius, ac proinde tenetur tanquam negotiorum gestor erga eum cujus res gestæ sunt; ergo jam ipsius interest ut bene gestæ sint, ideoque rationem a mandatario exigere potest. Unde in casu hujusmodi contractus est realis, cum vim non habeat obligandi nisi posita executione.

825. II. Ex eodem art. 1984, requiritur ut negotium geratur *nomine mandantis*. Illud non requirebatur in jure Romano : imo mandatarius generatim non nisi proprio nomine agebat, ne violari videretur principium, *Nemo alteri stipulari potest*. Hodie vero id absolute requiri propugnant quidam, qui in hoc præcise mandatum a locatione differre



asserunt, ut jam retulimus, ubi *de Locatione* (n° 801). Verum refragantur alii. Certe ubi agitur de mandato commerciali, constat ex art. 91 et 92 codicis Commericii mandatarium posse agere vel proprio nomine aut nomine sociali, vel nomine mandantis; quia pro variis circumstantiis opportunum esse potest ut mandatarius agat proprio nomine, vel ut agat nomine mandantis, prout explicant DELAMARRE et LE POITVIN, t. I, n° 23, et t. II, n° 264, 265. Porro idem locum habere posse etiam extra commercium pro inconcusso habet DURANTON, n° 198; non raro militant eædem rationes, et ita sæpe fit in venditionibus publicis: unde existimat articulum 1984 ideo tantum supponere negotium nomine mandantis peractum, quia hic est casus frequentior. In utroque autem casu eadem sunt mutua mandantis et mandatarii officia. Sed erga tertium quocum negotium actum est, magnum adest discrimen: quando mandatarius agit proprio nomine, ipse vere contrahit, fit rei dominus, si agatur de emptione, etc.; dum vero contrahit nomine mandantis, iste solus censetur intervenire in contractu, et solus a tertio adiri potest: unde diversa pro alterutro casu sequi consecutaria facile intelligitur. Vid. DURANTON, n° 198, 199; DELAMARRE, t. I, n° 24, 30-3°, p. 50, 72, et t. II, n° 254 et seq.; TROPLONG, *Louage*, t. III, n° 810.

826. Hinc deduci potest in mandato requiri ut *mandans simul et mandatarius capaces sint* peragendi negotii quod est mandati objectum. 1°. Quidem *mandans*. Si negotium nomine ipsius peragatur, res est satis aperta. Sed etiamsi non peragatur ejus nomine, cum tamen in ejus gratiam fiat, et, ex axiome, *Qui mandat, fecisse videatur*, requiritur nihilominus ut ipse facere possit. Sic si Petro mandem ut pro me talem rem emat, et hæc interim facta sit mea, quia, v. g., hæres sum unicus illius ad quem pertinebat, non stat mandatum. Item non possum alteri mandare quod

mihi ipsi prohibetur, quia non possum facere per alium quod non possum per meipsum. Vid. POTHIER, n<sup>is</sup> 10, 11; DURANTON, n<sup>is</sup> 205, 213; DELAMARRE, n<sup>o</sup> 51, p. 88. Si tamen mandatarius nesciens me incapacem, mandatum exsecutus fuerit, certe erga eum obligatus ero. 2<sup>o</sup>. Ipse *mandatarius* pariter capax esse debet. Si non possit physice mandatum exsequi, satis patet illud irritum esse: sed si nihilominus fraudulenter acceptaverit, mandans adversus illum recursum habebit. Si vero non sit nisi legaliter incapax, major adest difficultas. Sic si quis mandet tutori ut emat bona sui pupilli, non valebit mandatum, quia ille tutor vix posset sufficienter providere commodo minoris simul et mandantis. Attamen ex art. 1990 potest mandatum committi uxoribus et minoribus emancipatis, in eo sensu quod vim suam habeat mandatum quoad extraneos qui cum mandatario rem habuerint, quamvis inter mandantem et mandatarium non valeat nisi secundum regulas generales de obligationibus minorum et uxorum: imo quamvis ille articulus loquatur tantum de minoribus emancipatis, docent DELVINCOURT, *Notes*, p. 239, et DURANTON, n<sup>o</sup> 212, nullam esse rationem cur sic restringatur, quia ejus qui cum illo agit parvi interest an sit emancipatus, necne, modo habeat a mandante potestatem sufficientem. Non satis ergo patet quatenus requiratur ut mandatarius sit jure habilis ad exsequendum. Difficile tamen est illud non exigere, saltem quando mandatum exsequitur proprio nomine. Vid. POTHIER, n<sup>o</sup> 12-14; DURANTON, n<sup>is</sup> 194 et 212. Cæterum hæc capacitas minoris non extenditur ad mandatum commerciale, ut satis indicant art. 2 et 3 codicis Commercii. Vid. DELAMARRE, n<sup>is</sup> 53, 54.

827. III. Mandatum est *gratuitum*, nisi aliter conventum fuerit; art. 1986. Olim gratuitas vulgo habebatur ut mandato essentialis, et in hoc discrepabat mandatum a locatione; unde, ut jam diximus (n<sup>o</sup> 801), si quando

mandatario aliquid tribueretur, non titulo mercedis, sed titulo honorarii et gratitudinis tribuebatur. Vid. POTHIER, n° 22-27. Hodie vulgo dicitur gratuitatem esse de natura mandati, non vero de essentia : et revera satis clare indicat art. 1986 ex defectu gratuitatis non ita subverti mandatum, ut jam fiat locatio operæ. Quomodo ergo stet in eo casu discrimen inter mandatum et locationem, jam *ibid.* expendimus. Stando sententiæ communi, ut diximus, id generatim distingui poterit ex natura negotii peragendi : quæ quidem distinctio, ut merito ait DURANTON, n° 196, est potius in moribus quam in ipsis legibus.

Cæterum 1°. ut advertit idem auctor, n° 197, quando mandatum non est amicitiae officium, sed professionis exercitium, gratuitas ne de natura quidem illius est : nulla opus est conventionem expressa, ut debeatur honorarium lege vel usu determinatum. 2°. In mandato commerciali, aliud omnino admittitur ac in mandato civili : gratuitum non est, nisi specialis conventio interfuerit, quia in commercio semper principii instar admittitur : *Dignus est operarius mercede sua* : non desinit tamen esse mandatum commerciale, etsi ex speciali pacto fiat gratuito. Vid. DELAMARRE, n<sup>is</sup> 104, 105.

828. IV. *Qualis contractus sit mandatum.* Est 1°. contractus *consensualis* : solo enim consensu perficitur, etiam antequam ulla executio locum habuerit. Excipiendus est tamen casus supra (n° 824) allatus, quo nempe mandatum datur aliena tantum gratia : tunc est contractus realis, ut diximus.

2°. Est contractus *synallagmaticus*, seu bilateralis, sed solummodo *imperfectus* : ex eo enim directe non oritur nisi obligatio mandatarii ad rem exsequendam ; obligatio autem mandantis ad servandum mandatarium indemnem non est nisi accidentalis, seu *ex post facto* (vid. n° 8) : imo ipsa obligatio solvendi honorarium, quando [de eo

conventio inita est, non est etiam directa et essentialis, cum penes mandantem sit ab ea se eximere revocando mandatum; quod fieri nequit in contractibus qui sunt perfecte bilaterales. Hinc iste contractus non subjicitur articulo 1325, ex quo in actibus synallagmaticis sub signo privato tot requiruntur scripta (*autant d'originaux*), quot sunt partes contrahentes: iste enim articulus non respicit nisi contractus perfecte synallagmaticos. Vid. POTHIER, n° 5; DURANTON, n° 216, 217; DELAMARRE, n° 90.

829. — 3°. Est contractus *non sollemnis*: etenim, ex art. 1985, potest fieri per scriptum privatum, per simplicem epistolam, imo et per mera verba. Olim admittebatur etiam mandatum tacitum: scilicet qui videns alterum pro se negotium aliquod gerere non eum prohibebat, censebatur mandatum ipsi dare; POTHIER, n° 29. Hodie art. 1985 statuit acceptionem posse esse tacitam, deductam nempe ex executione mandati. Sed cum idem non dicat de ipso mandato, satis ostendit, inquit TOULLIER, t. XI, n° 25, non admitti mandatum tacitum. Et revera quod olim dicebatur mandatum tacitum, hodie non habetur nisi ut quasi-contractus negotiorum gestionis; art. 1372. Unde satis certum videtur abrogatum fuisse generatim mandatum tacitum, saltem quale olim admittebatur. Hujus abrogationis nullam fuisse causam sufficientem ait TOULLIER, n° 26; cui cæterum videtur parvi momenti, cum parvi intersit an adhibeatur actio quæ dicitur negotiorum gestionis, an actio mandati. Admittit pariter DELAMARRE, n° 71, prædictæ abrogationis non occurrere motivum legitimum: sed observat, n° 70, p. 119, hanc haberi non posse ut nullius momenti: tum quia negotiorum gestor, ex art. 1375, non potest postulare restitutionem impensarum, nisi probet eas fuisse necessarias aut saltem utiles; dum mandatarius, qui non excessit fines mandati, tali probatione non indiget, neque, ex art. 1999, repelli potest ex eo quod

potuisset impensas minores facere : tum etiam quia si bonis cedat ille cujus negotium gestum est, creditorum interesse poterit an per negotiorum gestorem, an per mandatarium gestum fuerit.

Diximus *Generatim* abrogatum fuisse mandatum tacitum, 1°. quia agnoscunt jurisperiti etiam hodie admitti quædam mandata tacita, quæ nempe oriuntur ex facto, v. g., ex traditione instrumentorum actori vel apparitori (*la remise des pièces à un avoué, à un huissier*), etc. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 238 ; DURANTON, n<sup>is</sup> 221, 222 ; DELAMARRE, n° 71. Imo ait DURANTON, n<sup>is</sup> 219, 220, aliquando in uxore qui gerit negotia mariti agnosci debere mandatum tacitum; item, licet rarius, in famulo erga suum herum : quod longe magis accedit ad mandatum tacitum olim admissum. 2°. Quia certum putat DELAMARRE, n° 72 et seq., abrogatum non fuisse mandatum tacitum in materia commercii : nam ex art. 91 codicis Commercii, mandatarius qui agit nomine proprio non subjicitur regulis juris civilis; ille autem qui agit nomine mandantis subjicitur tantum quoad suas obligationes et sua jura, non vero quoad modum quo efformatur contractus inter ipsum et mandantem : qui proinde modus determinandus relinquitur juxta principia generalia juris. Insuper si ille qui sine mandato expresso gerit negotium commerciale habendus esset ut merus negotiorum gestor, subjici debuisset juri per art. 1372 et seq. codicis Civilis sancito. Tandem mandatum tacitum haberi potest ut in materia commercii necessarium.

Quod spectat autem ad acceptionem mandati, quam constat esse posse tacitam, quamvis art. 1985 non afferat nisi casum incæptæ executionis, possunt dari alii casus, et iste non affertur nisi exempli gratia. Sic, v. g., aliquando sufficere poterit mera receptio, aut detentio procurationis, sed aliquando non sufficiet : totum dijudicabitur ex circumstantiis. Vid. DURANTON, n° 224.



830. V. Duplex distinguitur mandatum; *generale*, et *speciale*. Alterum ab altero discernere interest, cum lex aliquando requirat mandatum speciale. Generale dicitur mandatum, quando datur pro omnibus negotiis mandantis; speciale, quando pro uno vel pro quibusdam tantum negotiis : art. 1987. In jure Romano non constabat quid includi censeretur in mandato generali, seu verbis generalibus expresso : hodie tale mandatum non includit nisi actus administrationis; ad alienandum, ad hypothecam conferendam, vel exercendos actus proprietatis, mandatum debet esse expressum : art. 1988. Si mandatum sit speciale, mandatarius nil potest ultra verba mandati; unde facultas transigendi non includit facultatem compromittendi; art. 1989 : aliud enim est quod mandatarius ipse transigendo judicet, aliud quod rem alterius iudicio committat. Si ergo mandatarius excedat fines mandati, mandans nec erga illum tenetur, nec erga tertium, qui, antequam pacisceretur, debuit exigere ut mandatum sibi exhiberetur : ipse mandatarius quoad illum excessum fit negotiorum gestor, et subjicitur regulis statutis circa quasi-contractum *negotiorum gestionis*, art. 1372 et seq.

831. Hinc concludi potest quid dicendum, si mandatarius negotium quidem sibi commissum gesserit, sed non steterit pretio per mandatum determinato?

Jam plura huc spectantia diximus, ubi de *Venditione per proxenetas* (n° 760 et seq.). Hic exponendum superest præsertim, quatenus in hujusmodi casu stet obligatio mandati. Variæ fingi possunt hypotheses.

1°. Si mandatarius rem emerit infra pretium assignatum, sed proprio nomine, cogi non poterit ad rem tradendam mandanti, cum pro ipso non emerit : sed cum mandatum non impleverit, tenebitur ad compensationem damnorum, secundum ea quæ mox dicemus. DURANTON, n° 234.

2°. Si mandatarius emerit supra pretium assignatum, et nomine proprio, non potest cogere mandantem ad rem sumendam eo pretio quo empta est, sed potest cogere pretio assignato. Mandans autem non potest eam exigere, etiam soluto pretio quo empta est, quia pro eo empta non est: sed neque mandatarius tenebitur ad compensationem damnorum, si reipsa non potuerit emere pretio assignato; tunc enim inexsecutio mandati non oritur ex ipsius culpa. *Ibid.*, n<sup>is</sup> 235, 236.

3°. Si emerit supra pretium assignatum, et nomine mandantis, tunc quæstio sub diversis respectibus investigari potest. 1. Mandatarius erga venditorem obligatur, etiam ultra fines mandati, si ei non satis notum fecerit suum mandatum, vel si pro mandante spoponderit (*s'il s'est porté fort*). Ita ex art. 1997 deduci potest. Sed si ei satis notum fecerit mandatum, ex eodem articulo erga eum non obligatur. 2. Erga mandantem tenetur mandatarius rem tradere pretio assignato, si potuerit pluris non emere. Sed si per ipsum non steterit, tunc non debet pati damnum, quod ipsius culpæ imputari non potest: unde debet mandans vel ipsi solvere pretium integrum, vel rem relinquere. Imo si mandatarius bona fide egerit, et mandantis negotium utiliter gerere intenderit, postulat æquitas ut iste rem ipsi non relinquat, cum ipsius gravamine. 3. Mandans non potest exigere ut venditor rem sibi tradat, si nondum tradiderit, pro pretio per mandatum assignato, quia is non eo pretio vendidit: sed potest exigere, solvendo pretium conventum. Viceversa venditor non potest exigere ut mandans solvat ultra pretium assignatum in mandato, quia mandans non ad id se obligavit; sed si mandatum non satis cognoverit, vel si mandatarius pro mandante spoponderit, poterit rem non tradere, nisi recepto pretio convento. Si autem mandatum satis cognoverit, potest nihilominus cogere mandantem ad rem acci-

piendam pro pretio quod in mandato assignaverat. *Ibid.*, n° 237. Vid. etiam de variis hisce casibus DELAMARRE, t. II, n° 159 et seq.

### ART. 2. *De obligationibus mandatarii.*

832. Ad tres reducuntur obligationes mandatarii : tenetur 1°. implere mandatum; 2°. negotium diligenter gerere; 3°. rationem reddere.

I. *Implere mandatum.* Quando aliquis mandatum accepit, tenetur illud exsequi; et si non exsequatur, tenetur compensare damna quæ ex inexsecutione sequi possunt. Imo quamvis mandatum, ut videbimus, solvatur morte mandantis, tenetur mandatarius perficere rem inceptam tempore quo moritur mandans, si sit periculum in mora; art. 1991. Ut compensari debeant damna, duo requiruntur : ut ex inexsecutione vere secuta sint ; ut mandatarius fuerit in culpa : sed eidem obligationi subjicitur, sive totaliter neglexerit, sive quoad partem tantum. Vid. DURANTON, n° 239-241.

833. II. *Negotium diligenter gerere.* Mandatarius tenetur non tantum de dolo, sed etiam de culpis in gestione sua admissis; minus tamen rigore, si mandatum sit gratuitum; art. 1992. Quonam sensu intelligendus sit ille articulus, jam investigavimus, ubi de *Præstatione culpæ juridicæ* (n° 282).

Quid vero, si mandatarius generalis in quibusdam negotiis damnum intulerit, in aliis vero lucrum : potestne institui compensatio inter utrumque? — Negant DELVINCOURT, *Notes*, p. 241, et DURANTON, n° 244 : quia tenebatur procurare lucrum, et nihilominus non inferre damnum : unde hic applicandum quod de societate statuit art. 1850. Agnoscunt tamen rationem habendam esse circumstantiarum, et judicandum esse ex æquo et bono.

Si mandatarius autem aliquem subdelegaverit ad geren-

dum negotium, tenetur de illius culpa, 1°. quando non acceperat potestatem aliquem subdelegandi; 2°. quando, potestate accepta sine designatione personæ, subdelegavit aliquem notorie incapacem : sed in omni casu, potest mandans directe agere contra subdelegatum; art. 1994. Dicitur *Directe*, quia opus non est ut mandans recurrat ad art. 1166, et exercent tantum jus mandatarii sui debitoris; utitur jure proprio. Vid. DURANTON, n<sup>is</sup> 250, 251. Priorem articuli partem, ex qua mandatarius tenetur de culpa subdelegati, etiam quando ex necessitate et bona fide subdelegavit, satis consonam non esse æquitati, et certe applicari non posse in materia commercii, docet DELAMARRE, t. II, n° 56 et seq.

Tandem si plures sint mandatarii per eundem actum constituti, non tenentur in solidum, nisi expresse conventum fuerit; art. 1995. Aliud statuebatur in jure Romano, quia obligatio habebatur ut indivisibilis; sed decisio nova videtur magis æquitati consentanea, utpote minus onerosa mandatariis, qui officium præstant, et non recipiunt. Cæterum per se patet quemlibet teneri in integrum de facto suo, quo damnum mandanti intulit. Ita DURANTON, n<sup>is</sup> 253, 254, quem sequitur BOILEUX, ad art. 1995. Cæterum art. 1995 non applicatur in materia commercii: DELAMARRE, t. II, n° 253.

834. III. *Rationem reddere*. Debet mandatarius rationem reddere suæ administrationis, et quidquid ex mandato recepit restituere, licet mandanti indebitum; art. 1993. Id facile intelligitur ex eo quod nomine mandantis receperit. Si summas pecuniæ in usum suum converterit, debet pleno jure earum auctuarium a die quo eas adhibuit; sed quoad summas quas simpliciter debet, non tenetur ad auctuarium nisi a die quo constitutus fuit in mora rationem reddendi : art. 1996. In priori casu, potest insuper teneri ad compensationem damnorum; Du-

RANTON, n<sup>o</sup> 247, 248 : imo, ex art. 408 codicis Pœnalis per legem 28 april. 1832 reformato, damnabitur ut reus violatæ fidei (*d'abus de confiance*); *ibid.*, n<sup>o</sup> 249.

ART. 3. *De obligationibus mandantis.*

835. Spectari possunt obligationes mandantis erga tertium quocum mandatarius contraxit, et erga ipsum mandatarium.

I. *Erga tertium.* Tenetur adimplere obligationes a mandatario contractas, et mandato consentaneas; non autem id quod ultra mandatum confectum est, nisi vel expresse, vel tacite, illud ratum habuerit : art. 1968. Non dicit ille articulus obligationes contractas *Nomine mandantis* : hinc concludit DURANTON, n<sup>o</sup> 261, etiamsi mandatarius egerit proprio nomine, mandantem nihilominus teneri. Verum, juxta DELAMARRE, t. II, n<sup>o</sup> 255 et seq., p. 483, et n<sup>o</sup> 337, quando mandatarius nullo modo egit *nomine procuratorio*, et mandatum ignotum reliquit, mandans non obligatur erga tertium : quod ostendit ex accurata investigatione articulorum 91 et 92 codicis Commericii.

836. II. *Erga mandatarium.* 1°. Mandans tenetur mandatario præbere quæcumque necessaria sunt ad mandati executionem, eique solvere, sive salarium promissum, sive sumptus legitimos quos fecit occasione mandati; neque potest ab ea obligatione se eximere, sub eo prætextu quod negotium non prospere cesserit, vel quod minores impensæ fieri potuissent, modo tamen absit culpa mandatarii : art. 1999.

2°. Tenetur mandatarium indemnem servare quoad damna quæ passus est occasione mandati, absque imprudentia quæ ipsi imputari possit; art. 2000. Olim ex jure Romano docebat POTHIER, n<sup>o</sup> 76, compensanda non esse nisi damna quorum causa fuit executio mandati, non vero ea quorum fuit solum occasio. Sed ex verbis arti-



culi 2000 deducunt jurisperiti hodie non admitti hanc distinctionem : et revera videtur æquitati magis consonum, ut mandatarius indemnis servetur quoad damna quæ passus est sine sua imprudentia. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 242; DURANTON, n° 269. Idem admittit DELAMARRE, t. II, n° 218, observans tamen ex circumstantiis determinandum esse an reipsa executioni mandati, an casui fortuitotribuendum sit damnum.

837. — 3°. Si plures mandantes constituerint mandatarium pro negotio communi, singuli in solidum tenentur erga ipsum de omnibus effectibus mandati; art. 2002. Hujus dispositionis ratio facile intelligitur quoad mandatarium gratuitum, cui lex favere intendit; quamvis autem eadem ratio non militet, quando datur salarium, pro utroque casu eodem modo lex statuit: DURANTON, n° 271. Hinc etiam intelligitur ratio discriminis inter mandantes, et mandatarios : isti non tenentur in solidum (art. 1995), quia præstant officium gratuitum; illi vero tenentur, quia recipiunt officium gratuitum : DELAMARRE, n° 332. Quamvis autem in materia commercii mandatarius non præstet officium gratuitum, ut supra vidimus (n° 827), nihilominus æquum est ut mandantes erga eum teneantur in solidum, quia omnibus in communi prodest executio mandati : *ibid.*, n° 333.

#### ART. 4. *Quibus modis solvatur mandatum.*

838. Varios modos quibus solvitur mandatum enumerat codex Civilis, art. 2003 : ad quinque reduci possunt.

I. *Per revocationem mandatarü.* Potest mandans pro nutu suo mandatum revocare; art. 2004 : illudque verum est, etiamsi promiserit salarium; quia salarium non debetur, nisi post mandati executionem, quam cum in sui ipsius gratiam mandans commiserit, potest ei renunciare. Hinc potest mandans exigere, si locus sit, ut mandatarius sibi

reddat scriptum, sive privatum, sive authenticum, quo continetur mandatum; art. 2004 : alioquin scripto eo abuti posset mandatarius. Revocatio enim soli mandatario notificata non potest iis qui hanc ignorantes contraxerunt opponi, salvo recurso mandantis contra mandatarium; art. 2005 : sed si revocatio iis quocumque modo innotuerit, etiam aliter quam per mandantis notificationem, erga eos nullo modo ligabitur mandans; DURANTON, n° 275; DELAMARRE, n° 430.

Hæc revocatio potest fieri expresse, vel tacite. Quando nempe mandans novum constituit mandatarium pro eodem negotio, censetur facta revocatio ab instanti quo novum mandatum innotuit priori mandatario; art. 2006. Sed hæc est mera præsumptio, quæ probationibus contrariis elidi potest : unde si ex circumstantiis pateat intendere mandantem ut simul stet utrumque mandatum, non aderit revocatio. Vid. POTHIER, n° 115 et seq.; DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 244; DURANTON, n<sup>is</sup> 278, 279. Si posterius mandatum irritum sit, v. g., quia secundus mandatarius non acceptat, vel jam mortuus erat, nihilominus revocatum censi debet prius mandatum, quia satis ostendit voluntatem mandantis. Ita POTHIER, n° 114, quem sequuntur DELVINCOURT, *ibid.*, et DURANTON, n° 277, ex analogia cum art. 1037 codicis Civilis, ex quo revocatio facta in testamento posteriori vim suam servat, etiamsi posterius testamentum executioni non mandetur ob incapacitatem novi legatarii, vel ob ejus renuntiationem.

Quocumque autem modo fiat revocatio, videndum est an res sit adhuc integra, necne. In priori casu, quando nempe nihil peractum est in executionem mandati, finitur mandatum et actio, ut aiunt jurisperiti; idem est ac si mandatum non exstisset : in posteriori vero, finitur quidem mandatum, sed durat actio; id est, servanda sunt jura et obligationes ex eo orta. DELAMARRE, n° 429.

839. II. *Per renuntiationem mandatarii*. Potest mandatarius renuntiare mandato, notam faciendo mandanti suam renuntiationem; si tamen per hanc damnum aliquod mandanti inferat, tenebitur ad indemnitatem, nisi ipse verseetur in impossibilitate mandatum exsequendi absque gravi proprio damno; art. 2007. Ratio exceptionis est, quia beneficium nemini debet esse damnosum. Sed docet DELAMARRE, t. II, n<sup>is</sup> 46 et 439, hanc exceptionem non admitti in materia commercii, ad cujus naturam pertinent hujusmodi aleæ, seu pericula.

Ex his intelligitur mandatum differre a cæteris contractibus, qui sicut efformari, ita dissolvi nequeunt per unius tantum partis voluntatem. Ratio discriminis desumitur ex eo quod mandatum supponat ex parte unius fiduciam, ex parte alterius amicitiam, quæ cum cessare possint, dissolutioni facilior datur aditus, quam in cæteris contractibus, in quibus utriusque contrahentis lucrum intenditur. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 245; DELAMARRE, n<sup>o</sup> 427. Idem locum habet in contractu societatis, ex art. 1865, 1869, ut postea videbimus.

840. III. *Per mortem*, sive naturalem, sive civilem, *mandantis*; art. 2003. Cum mandans censeatur agere per mandatarium, facile intelligitur id post illius mortem verificari non posse: POTHIER, n<sup>o</sup> 103. Aliud tamen dicendum, si agatur de re urgente, adeo ut adsit periculum in mora; art. 1991: item, si agatur de negotio quod mandans intendit post mortem suam peragendum, ut patet exemplo executoris testamentarii; DURANTON, n<sup>o</sup> 284. Dantur quædam aliæ exceptiones, v. g., quando agitur *de procuratore in rem suam*, etc.: sed tunc non censetur merum mandatum. Vid. DELAMARRE, n<sup>o</sup> 445, p. 792, *Note*.

841. IV. *Per mortem*, sive naturalem, sive civilem, *mandatarii*; art. 2003. Mandans merito præsumitur res-

pexisse personam mandatarii : POTHIER, n° 101. Attamen ex principio æquitatis, hæredes mandatarii tenentur, non solum mandantem monere, sed, si quid urgeat, ei pro circumstantiis providere; art. 2010. Sed illa obligatio non respicit hæredes minores, ut deduci potest per analogiam ex eo quod statuit art. 419 circa tutelam : DURANTON, n° 293.

842. V. *Per interdictionem, vel decoctionem*, sive mandantis, sive mandatarii; art. 2003. Quando enim alteruter in eum statum devenit in quo officium commissum nequit exsequi, applicari debet quod diximus de casu mortis. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 246; DURANTON, n° 285-288. Idem dicendum, si mandans qualitatem amittat vi cuius mandatum dederat : v. g., si tutor mandaverit alicui negotium quoddam sui pupilli, et re adhuc integra e tutela excidat, corrui mandatum : quia licet negotium verti deberet in lucrum pupilli, vicem tamen tutoris gerebat mandatarius, nec amplius gerere potest. Ita POTHIER, n° 112; DELVINCOURT, *Notes*, p. 246; DURANTON, n° 289.

Advertendum superest, si mandatarius, ignorans mortem mandantis vel alias causas quibus mandatum solvitur, aliquid ex mandato gesserit, id quod egit validum esse, tum erga mandantem ejusve hæredes, tum erga eos qui bona fide cum mandatario contraxerunt; art. 2008, 2009 : et quidem applicatur posterior iste articulus, licet mandatarius mala fide egerit, et agnoverit cessationem mandati; DELVINCOURT, *Notes*, p. 246.

#### APPENDIX. *De negotiorum gestione.*

843. Mandato affinis est *negotiorum gestio*, de qua ideo in præsentī loco nonnulla dicemus.

Quando quis gerit alterius negotium absque ipsius mandato, non adest contractus, qui sine duarum voluntatum

concursu concipi nequit : cum tamen occasione hujus gestionis exsurgant ex æquitate naturali obligationes, sive ex parte gestoris, sive ex parte illius cujus negotium actum est, inter quasi-contractus recensetur (vid. n° 16); et sub hoc titulo pluribus regulis subjicitur in codice Civili, art. 1372-1375. Sed ut adsit vere quasi-contractus, cui applicari debeant hæ regulæ, quædam requiruntur conditiones.

1°. Requiritur ut geratur *negotium alterius*. Quod ut intelligatur, advertendum est non eodem sensu sumenda esse, si accurate loqui velimus, hæc duo quæ sæpe tamen promiscue adhibentur, gerere *negotium alterius*, gerere *negotium pro altero*. Prius verificatur tantum in eo qui gerit negotium jam alteri proprium, seu ad eum aliquo modo jam spectans : posterius vero in eo qui pro altero aggredditur negotium illi hactenus omnino extraneum. Sic, v. g., si novum negotium quod non sit solitus absens facere tu ejus nomine geras, dici non poteris ejus negotium gessisse : poterit ille, si velit, illud omnino repudiare, et nulli erga te obligationi subjacebit, ut docent POTHIER, *Append. au Tr. du Mandat*, n° 210, et TOULLIER, t. XI, n° 36; quod locum non haberet, si vere tuum negotium gessisset. Id pluribus evolvunt DELAMARRE et LE POITVIN, *Contr. de Commission*, t. I, n° 125<sup>1</sup> : ubi, ut ambiguitatem tollant, eum qui gerit negotium alterius vocant *negotii Gestorem*; eum vero qui gerit negotium pro altero, *negotii Susceptorem*. Explicant deinde, n° 126-128, quid requiratur et sufficiat ut negotium gestum censeatur proprium ejus cujus nomine actum est. Vid. etiam DURANTON, t. XIII, n° 638-642 : et quoad negotii susceptorem

<sup>1</sup> Postquam dixit TROPLONG, *loc. cit.* supra (n° 823), « Quelques « parties de cet ouvrage nous ont paru traitées avec une véritable supériorité, » addit : « Tel est, par exemple, le chapitre du *Negotiorum gestor*. » *Revue de Législat.*, t. XVI, p. 67.



ea quæ diximus (nº 229 et seq.) de eo qui pro altero promittit aut stipulatur.

844. — 2º. Requiritur ut negotium geratur *voluntarie*; art. 1371, 1372. Sed non satis constat quo sensu illud intelligendum sit. Juxta TOULLIER, nº 28, ideo quasi-contractus dicuntur facta pure voluntaria, ut distinguantur ab obligationibus quæ oriuntur vi solius legis, v. g., in casu tutelæ, vicinitatis, etc. Sed juxta DELAMARRE, nº 130, verba illa, *Purement volontaires*, sumenda sunt in sensu obvio, adeo ut non adsit quasi-contractus de quo nunc agimus, nisi negotium gestum fuerit proprio motu, non vero si ex mandato judicis, vel ex aliqua coactione.

845. — 3º. Juxta POTHIER, nº 180 et seq., requiritur ut negotium geratur *inscio domino*. Si enim dominus sciat, nec contradicat, censetur approbare, adestque mandatum tacitum: si vero contradicat, seu prohibeat, non adest quasi-contractus, et ipse, si velit negotium repudiare, nulli obligationi obnoxius erit erga gerentem, ex decisione Justiniani, quam tamen non admittit POTHIER. Sed sub codice Civili, aliter statutum fuit. Cum, ut supra diximus (nº 829), non agnoscatur mandatum tacitum in materia civili, adest quasi-contractus, etiamsi negotium gestum cognoverit dominus; art. 1372: quæ quidem mutatio an alicujus sit momenti, *ibidem* exposuimus. Non ergo requiritur hodie in materia civili, ut negotium gestum fuerit inscio domino: sed id requiritur in materia commerciali, in qua, ut dictum est *ibid.*, non sublatum fuit mandatum tacitum; DELAMARRE, n<sup>is</sup> 132, 137.

846. Quando autem negotium gestum est invito domino, res non est adeo aperta. Docebat POTHIER, nº 181, non adesse quasi-contractum negotiorum gestionis: illudque videtur fuisse satis consentaneum principiis juris Romani. Nam quasi-contractus censebatur oriri ex voluntate ficta seu præsumpta domini, et ideo obligatio æquiparaba-

tur ei quæ oritur ex mandato : porro quando dominus est positive invitus , nec præsumi potest aut fingi ipsius voluntas , nec gestio æquiparari mandato , quod nullo modo supponi potuit. Sed, sub jure novo, non vigent hujusmodi fictiones seu præsumptiones ; quasi-contractus existit independententer a consensu domini : nil ergo obstare videtur quin hodie in casu posito admittatur quasi-contractus. Ita DELAMARRE, n° 137.

Sed quidquid sit de ea quæstione speculativa, præcipua difficultas est, utrum qui negotium gessit possit a domino repetere suas impensas? — Statuerat JUSTINIANUS, l. 24, Cod., II, XIX, *de Negot. gestis*, nullam ei competere actionem ; eamque decisionem approbat TOULLIER, n° 55 : qui enim se immiscet rei alterius contra ejus voluntatem, sibi imputare debet, si damnum inde patiatur. Non alia quam donandi intentione præsumendus est impensas fecisse. Verum juxta POTHIER, n<sup>is</sup> 182, 183, non sinit æquitas ut dominus cum alterius damno locupletetur : ac proinde si ex negotio gesto lucrum educat, debet gestorem indemnem servare, usque ad concursum lucri educti. Idem docet DELAMARRE, n° 138-141 : ex una parte, qui rei alterius se immiscuit contra ipsius voluntatem, etsi culpam admisisset, non ideo jure suo spoliatur, cum nulla lex apud nos vigens in eo sensu citari possit ; ex altera, facile præsumendum non est eum voluisse donare ; supponi optime potest eum voluisse invito benefacere, rem ipsius gerendo, nec tamen renuntiando juri repetendi impensas.

847. — 4°. Juxta eundem POTHIER, n° 185 et seq., requiritur ut negotii gestor habuerit *intentionem gerendi pro eo cujus negotium intererat*, et cum habendi erga se obligatum : si enim nullam habuerit, ne implicitam quidem, voluntatem repetendi impensas, donatio est ; si vero non præsumi possit donatio, non aderit nihilominus ex subti-

litate juris quasi-contractus, sed ex principio æquitatis tantum ipsi refundendæ erunt impensæ.

Verum propugnat TOULLIER, n<sup>o</sup> 23, 24, nequaquam requiri prædictam intentionem; non enim ex ea intentione oritur obligatio seu quasi-contractus, sed ex solo æquitatis principio, juxta quod nemo ditescere debet cum damno alieno: unde ex ipso jure Romano refundendæ sunt impensæ etiam ei qui alterius negotium gessit, existimans esse suum; imo et ei qui rem alterius gessit deprædandi animo. Pariter tanquam principium inconcussum statuit DELAMARRE, n<sup>o</sup> 123, nihil conferre intentionem, sed solius facti rationem habendam esse: excepto tamen casu donationis seu renuntiationis ad impensas repetendas; hæc intentio valere poterit, sed facile non est præsumenda etiam in materia civili, a fortiori in materia commercii. Hinc concludit idem auctor etiam eos qui sunt legaliter incapaces contrahendi posse subjici effectibus qui oriuntur ex præsentī quasi-contractu, sive active, sive passive. Vid. etiam TOULLIER, n<sup>o</sup> 39, 40.

Ex his intelligitur quandonam adsit quasi-contractus negotiorum gestionis: breviter exponendum est quænam sint obligationes gestoris, et ejus cujus negotium gestum est.

848. I. *De obligationibus GESTORIS.* 1°. Generatim qui negotium alterius gerere incipit, se subjicit obligationibus quæ orirentur ex mandato expresso quod accepisset ab eo cujus negotium interest; art. 1372. Facile intelligitur varias esse posse hujusmodi obligationes pro diversa negotiorum natura. Sed quædam sunt omnibus negotiis communes, quas speciatim memorat codex Civilis.

2°. Tenetur negotium inceptum perficere; art. 1372. Qui enim gerere negotium incipit, tacite se obligat ad non intermittendam gestionem, donec ille cujus interest possit ipse providere; *ibidem*: imo eo mortuo, non debet inter-

mittere, donec ejus hæres negotii curam suscipere potuerit; art. 1373. Debet proinde hæredem monere.

Ob eandem rationem, quamvis negotiorum gestor non teneatur de negotiis quorum curam non suscepit, debet tamen ea omnia peragere quæ pendent a negotio suscepto; art. 1372. Imo si quædam alicujus negotia gerendo, quædam non gerendo, in causa fuerit cur alter ista non gesserit, poterit de iis teneri: sed illud raro eveniet. POTHIER, n° 202; TOULLIER, n° 34.

3°. Tenetur rem alterius administrare tanquam bonus paterfamilias: aliquando tamen ob circumstantias quibus inductus fuit ad negotium gerendum, poterit judex moderari compensationem damni ex illius culpa vel negligentia illati; art. 1374. De eo jam egimus in prima parte (n° 280).

4°. Tandem tenetur rationem reddere suæ gestionis, ut dictum est de mandatario (n° 834).

849. II. *De obligationibus illius cujus NEGOTIUM ACTUM EST.* Ille cujus negotium bene gestum fuit, tenetur 1°. servare conventiones ejus nomine initas a gestore; 2°. istum servare indemnem pro omnibus obligationibus personalibus quas suscepit; 3°. ipsi refundere omnes impensas utiles aut necessarias quas fecit: art. 1375. Nisi hæc obligatio imponeretur, dominus locupletaretur cum damno alieno, ut patet: et insuper nemo vellet administrare negotia absentium aut impeditorum; quod bono publico detrimentum inferret, cum sæpe plurimi intersit ut hujusmodi officium præstetur.

Sed exigit præfatus articulus ut *Negotium bene gestum fuerit*: si enim male, jam non applicatur principium æquitatis cui innititur articulus; imo, inquiunt auctores, si gestor rem deteriore reddiderit, ipse tenebitur dominum indemnem servare. Si vero factæ fuerint impensæ immodicæ, aut tales quales dominus verisimiliter ipse factururus

non fuisset, immerito obligaretur ad eas refundendas : non tenebitur nisi ratione emolumenti a se percepti. Ut autem dignoscatur an negotium bene gestum fuerit, initium solum spectandum est, ut dicunt jurisperiti : id est, si negotium utiliter gestum fuerit, licet ex casu fortuito postea supervenienti effectum non habuerit, v. g., si domus aliena cujus reparationem aut conservationem curavi postea bello aut alio eventu diruatur, tenebitur dominus eodem modo gestorem servare indemnem. Ita POTHIER, n<sup>is</sup> 221, 223 ; DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 448 ; TOULLIER, n<sup>is</sup> 51, 52, ubi hanc rationem affert : statim ac impensæ factæ sunt, seu negotium gestum est, exorta est obligatio erga gestorem ; porro talis obligatio, quæ non est de corpore certo et determinato, non tollitur per eventum subsequentem. In jure Romano aliud statuebatur, quando agebatur de negotio pupilli aut impuberis : iste non tenebatur refundere, nisi quatenus reipsa locupletior fiebat. Sed observat POTHIER, n<sup>o</sup> 224, quem sequitur TOULLIER, n<sup>o</sup> 52, hanc restrictionem admittendam non fore in jure nostro : ut enim supradicta obligatio exsurgat, non requiritur capacitas legalis, ut jam diximus (n<sup>o</sup> 847). Immerito igitur contrarium asserit DURANTON, t. XIII, n<sup>o</sup> 672.

Alia restrictio magis fundata respicit materiam commercii. Dispositio enim æquissima in materia civili, in qua facile probari potest impensas ab ipso domino faciendas fuisse, esset sæpe nociva in materia commercii, in qua plerumque nec satis constat, nec dominus aperire tenetur quid ipse factururus fuisset ; sed si illud satis constet, aut si dominus ipse negotium approbaverit, applicabitur eadem regula ac in materia civili. Vid. DELAMARRE, n<sup>o</sup> 145 et seq.

Ex eo quod negotii gestor indemnitas servandus sit, concludunt jurisperiti ipsi deberi interesse summarum quas solvit : et quidem a die quo solvit. Quamvis enim ex



art. 1153 interesse non debeat nisi a die petitionis, nisi in casibus in quibus lex declarat deberi pleno jure, et nihil speciale statuatur quoad præsentem casum, applicari debet quod de mandatario sancitur art. 2001. Vid. DELVINCOURT, p. 447; DURANTON, n° 674.

850. Sed eadem occasione quæri potest, an gestor negotii jus habeat ad quoddam salarium, seu mercedem congruentem? — Non satis constat apud auctores. Existimamus cum *Collat. Andegav., Contrats*, conf. XI, q. II, art. VI, p. 821, et VERNIER, n° 511 (a), id pendere a natura officii, prout quis ut amicus aut ut procurator alterius generis rem gessit: quod dignosci poterit ex variis circumstantiis.

## CAPUT VII.

### DE CONTRACTU SOCIETATIS.

851. Societas, qualis hic intelligitur, definiri potest: *Contractus quo duo vel plures conveniunt de re aliqua in communi ponenda ad honestum faciendum lucrum, secundum justam proportionem inter ipsos dividendum*; art. 1832.

Dicitur 1°. *Contractus*, quia societas necessario supponit conventionem. Possunt adesse varia consortia quæ oriantur ex circumstantiis fortuitis, seu ex causis independentibus a voluntate partium, v. g., si plures ex legato rem aliquam in communi accipiant, etc.; sed societas a sola conventionem exurgere potest: alia consortia dicuntur gallice *Communauté*, vel *Co-propriété*, non vero in sensu stricto, *Société*. Vid. TROPLONG, *Société*, n° 3. Non inde concludendum societatem admittendam esse quotiescumque communitas oritur ex conventionem; potest enim conventio habere pro objecto meram communitatem, quin efformetur societas quæ aliquid amplius exigit, ut modo videbimus: sed quando deest conventio, non adest socie-

tas. *Ibid.*, n° 20, 21. Qualis sit iste contractus, mox dicemus.

2°. *Quo duo vel plures*, quia societas duas saltem requirit personas, ut patet, sed multo plures potest admittere.

3°. *Conveniunt*, quia si quis sine conventionem aliquid conferret, v. g., laborem, non ideo esset socius, nec jus haberet participandi lucro, sed ad summum illi deberetur stipendium laboris.

852. — 4°. *De re aliqua*, id est, vel pecunia, vel aliis bonis, vel industria, prout explicat art. 1833. Est de essentia societatis ut quilibet socius aliquid afferat. Si quis nihil afferens jus haberet ad partem lucri, jam non esset societas, sed donatio: et quidem, inquit POTHIER, *Société*, n° 8, donatio bonorum futurorum, ac proinde, ex jure nostro irrita, nisi fieret in contractu matrimonii; quod tamen non admittunt alii qui docent hanc donationem haberi posse ut boni præsens, quia nempe quod dicitur *Intérêt dans la société, et droit certain à des profits éventuels*, est aliquid præsens, quod proinde valide donari, sicut et vendi, potest, modo servantur formæ ad donationem præscriptæ. Ita DELVINCOURT, t. III, *Notes*, p. 219; PARDESSUS, t. IV, n° 983, quem citat et sequitur DURANTON, t. XVII, n° 324; DUVERGIER, t. V, *Société*, n° 54. Sed afferri potest quidquid est pretio æstimabile; ac proinde non tantum dominium rei, sed et fruitio; non tantum fruitio, sed et quoddam ex attributis ejus utilibus, v. g., inquit TROPLONG, n° 112, *sa qualité exploitable, ou une destination dont on peut tirer profit*; cujus exemplum habetur l. 58, ff. XVII, II, *Pro socio*, ubi declaratur, si equum meum tribus equis tuis adjunxerim ut facilius venderetur quadriga (*l'attelage*), et equus meus ante venditionem pereat, me nullum jus habere ad partem pretii tuorum equorum, quia *Non habendæ quadrigæ, sed vendendæ coita societas*. Potest etiam afferri quidquid ex parte personæ est

vere pretio æstimabile; ut labor, industria, etc. Excludit POTHIER, n° 10, nomen, et protectionem viri potentis, quia hæc pretio æstimari non possunt: ita etiam DELVINCOURT, *Notes*, p. 219, post oratorem Gubernii (*Code et Motifs*, t. VI, 172). Idem admittunt alii, sed cum quadam restrictione: agnoscunt illicitum esse ut vir potens pro favore cuidam operæ præstito partem lucri obtineat; sed aliud esse dicunt de eo quod dicitur *Crédit commercial ou industriel*: illud est vere bonum æstimabile, quod proinde in partem societatis afferri potest. Vid. PARDESSUS, n° 984; DUVERGIER, n° 18-20; TROPLONG, n° 108-116.

5°. *In communi ponenda*, quia agnoscunt omnes non esse societatem sine communione aliqua, aut communicatione mutua: unde, quamvis, ut diximus, communitas existere possit sine societate, societas existere nequit sine communitate; TROPLONG, n° 4. Hinc societas habetur ut persona moralis, *personæ vice fungitur*, ut dicitur in jure, et ipsi competit dominium rerum in commune allatarum. Principium illud a jurisperitis communiter admissum infra exponemus, necnon et varia consecutaria quæ ex eo deducuntur.

853. — 6°. *Ad faciendum lucrum*, quia hic est finis societatis, et ad ejus essentiam pertinet. Id ab omnibus jurisperitis fuisse admissum, et in jure tum Romano, tum Gallico veteri, receptum, fuse ostendit TROPLONG, n° 6-11. Ex hoc præsertim capite differt societas a communitate: ad istam sufficit ut plures sint consortes ejusdem rei seu negotii; ad illam requiritur ut aliquid de suo afferant ad communem utilitatem. *Ibid.*, n° 22. Per lucrum autem intelligitur commodum pecuniarium, seu pretio æstimabile: si quid aliud intendatur, non occurrit contractus societatis de quo loquuntur jura. *Ibid.*, n<sup>is</sup> 12, 13. Hinc si consortium ineatur tantum ad præcavendum damnum, ut fit, v. g., in assecurationibus mutuis contra incendia,

grandinem, etc., non erit stricte loquendo societas; *ibid.*, n<sup>is</sup> 14, 15; PARDESSUS, n<sup>o</sup> 970: sed observat DUVERGIER, n<sup>o</sup> 43, aliud dicendum de iis quæ dicuntur *Compagnies d'assurances à prime*, in quibus lucrum intenditur.

7<sup>o</sup>. Lucrum *Honestum*, quia si intendatur lucrum illicitum, seu via injusta comparandum, irrita est societas; art. 1833: maleficii nullum vinculum esse potest. Id apud omnes constat, et nonnisi in applicatione potest adesse difficultas. Vid. TROP LONG, n<sup>o</sup> 85 et seq.

Dubium speciatim ortum est circa officia, quæ diu tanquam venalia admissa sunt<sup>1</sup>, et quorum nonnulla hodie non quidem venalia sunt, sed tamen possunt esse objectum quarumdam conventionum, ut antea diximus (n<sup>o</sup> 228). Non concordant auctores, utrum de iis societas iniri possit, in eo sensu quod aliquis, v. g., pecuniam subministrans ad acquirendum officium, jus obtineat proportionaliter participandi de ejus emolumentis. Id fieri posse quidam existimant: sed alii id reprobant, « Attendu qu'il est con-  
« traire à la considération, à l'indépendance, à la moralité  
« du notariat (idem dici potest de aliis ejusdem generis  
« officiis), que cette profession soit exercée par associa-  
« tion, » prout legitur in decisione sigillorum regionum custodis, 3 februar. 1837; et in eum sensum inclinat jurisprudentia: TROP LONG, n<sup>o</sup> 88-97; DELANGLE, *Sociétés commerciales*, t. I, n<sup>o</sup> 108. Ita autem nullitatem hujusmodi societatum intelligunt jurisperiti, ut sociis nulla erga se invicem competat actio, ratione beneficiorum aut damnorum: et quamvis doceat TOULLIER, t. VI, n<sup>o</sup> 127, id locum habere tantum in societatibus quarum objectum est in se et ex natura sua illicitum, non vero quando objectum est sola lege positiva prohibitum, alii hanc distinctionem rejiciunt, quia ex art. 1131 et 1133 irrita haberi debet

<sup>1</sup> De societate circa officia, quæ in Curia Romana, et quibusdam aliis Italiæ locis iniri solet, plura dabit DE LUGO, D. xxx, sect. v.

conventio inita ob causam lege reprobata; **TROPLONG**, n° 99-104; **DUVERGIER**, n° 25-30; **DELANGLE**, n° 101-104; **DELAMARRE** et **LE POITVIN**, *Contrat de commission*, t. I, n° 65. Ait tamen **DUVERGIER**, n° 31, quemlibet socium posse repetere et sibi vindicare quæ in societatem attulit, quia alii nullum jus habent ad ea retinenda, et cum conventio pro irrita habeatur, res ad priorem statum reduci debent. Verum reponunt **DELAMARRE**, etc., *ibid.*, socium fore repellendum, quia semper verum remanet ex pacto illicito nullam actionem oriri posse; iisque assentitur **TROPLONG**, n° 105: idem supponere videtur **DELANGLE**, n° 102, p. 106, afferens illud axioma: *In turpi causa, potior possidentis causa*. Quidquid sit de foro civili, quoad forum internum applicanda sunt quæ diximus de *Contractibus sub conditione turpi* (n° 336 et seq.).

8°. *Inter socios dividendum*, quia est de essentia societatis ut lucrum sit commune; illudque satis indicant verba art. 1832, *Dans la vue de partager le bénéfice*: unde si quilibet socius perciperet quidem aliquod lucrum, sed separatum, sibi proprium, et ab aliis distinctum, non esset societas. **TROPLONG**, n° 16.

9°. *Secundum justam proportionem*, quia licet omnes socii jus habeant ad lucrum, necessarium non est ut habeant jus æquale: sed generatim loquendo, lucri proportio determinari debet sive ex parte in societatem allata, sive ex damno perferendo, prout in decursu magis evolvemus. Pariter jus ad lucrum potest subordinari alicui conditioni, quin ideo tollatur societas, modo aliunde detur sufficiens compensatio. **TROPLONG**, n° 17.

854. Hæc est definitio societatis in jure nostro hodierno allata. Nulla in ea mentio fit de damno in communi perferendo: unde nonnulli, inter quos **DUVERGIER**, n° 13, eam ut minus adæquatam redarguunt. Verum jam ante codicem Civilem multi jurisperiti pariter de damno non loque-



bantur in societatis definitione : sive quia lucrum tantum intendunt socii, damnum præter eorum votum accidit; sive quia damni communio ad essentiam societatis non pertinet, cum ita constitui possit ut unus e sociis damni sit expers. Priori ratione motos fuisse Codicis nostri redactores, constat ex discussionibus (*Code et Motifs*, t. VI, p. 180, 195) : posterior difficultatem pati potest, ex art. 1855, de quo postea; sed prior sufficit ad explicandam definitionem allatam. TROPLONG, n° 18.

His præmissis, agemus 1°. de natura et forma societatis; 2°. de variis societatis speciebus; 3°. de juribus et obligationibus sociorum; 4°. de dissolutione societatis.

#### ART. 1. *De natura et forma societatis.*

855. Ex definitione jam intelligi potest quænam sit societatis natura : sed et plura deduci possunt consectaria quibus magis hæc natura elucidetur.

I. Intelligitur *qualis contractus* sit societas. Est contractus 1°. *bilateralis*, cum ex parte omnium contrahentium exurgat obligatio; et *commutativus*, in eo sensu quod quilibet generatim intendat tantum recipere quantum ipse dat. 2°. *Consensualis*, quia ut sit perfectus non exigit rei traditionem, vel aliquam conventionis executionem. Ita olim docebat POTHIER, n° 5, et hodie docent DELVINCOURT, p. 119, et *Notes*, p. 219, et alii jurisperiti, qui contrariam doctrinam rejiciunt ut gravissimum errorem; DELAMARRE et LE POITVIN, t. II, n° 116; TROPLONG, t. II, n° 521. Moveri posset aliqua difficultas ex art. 1867, qui supponere videtur dominium non transferri in societatem ante traditionem, cum res non tradita pereat debitori, non vero societati. Sed quomodo sub eo respectu intelligendus sit hic articulus jam antea exposuimus (n° 269). 3°. *Non solemnis* : nulli speciali formæ subjicitur; unde quando art. 1834 præscribit scripturam, præscribit tan-

tum probationis causa : et quidem non modo absoluto, sed tantum quando objectum excedit valorem 150 fr.; adeo ut ille articulus intelligendus sit juxta sensum dispositionum generalium circa contractus, inquit DELVINCOURT, *Notes*, p. 219 : ita etiam DURANTON, n° 336; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 65, 66; TROPLONG, n° 200. Adsunt tamen quædam societates quæ nonnisi servatis quibusdam solemnitatibus formari possunt, ut infra (n° 864 et seq.) dicemus. 4°. Haberi potest quodammodo ut contractus *accessorius*, quatenus nempe initur ad lucrum obtinendum alia via, sicque per socios seu societatem exerceri possunt actus aliorum contractuum. Ita PARDESSUS, t. IV, n° 966.

856. II. Intelligitur *quatenus differat societas a cæteris contractibus*, qui cum ea aliquam habent analogiam. Differt 1°. a communitate, ut jam diximus, non solum quia requirit conventionem sine qua existere potest communitas, sed præsertim quia initur ad lucrum commune faciendum : unde sequuntur alia plura discrimina, quæ evolvunt jurisperiti : vid. TROPLONG, n° 20-27. Aliquando tamen satis difficile est societatem a communitate discernere : tradit idem auctor, n° 28-30, principia et exempla quibus id discerni possit. 2°. Differt etiam ratione lucri intenti a consortio conjugali, et ab aliis consortiis quæ ineuntur ad fovendam scientiam, pietatem, etc. *Ibid.*, n° 31-33. - 3°. In multis profecto differt societas a mandato, locatione, mutuo, venditione : attamen aliquando tales ineuntur conventiones, de quibus satis dubium est ad quamnam speciem pertineant. *Ibidem*, n° 34-53. - 4°. Demum differt a conventionem eorum qui census in commune conferunt, ea conditione ut census qui præmortuis debebantur percipiantur a superstitionibus ; hujusmodi conventiones, quæ gallice dicuntur *Tontines* (a nomine primi inventoris), neque laborem aut industriam, neque

lucrum includunt; ideoque pro vera societate haberi nequeunt. *Ibid.*, n° 54; PARDESSUS, n° 970; DELANGLE, n° 3.

857. III. Intelligitur societatem *efformare personam moralem* distinctam a sociis. Hæc est notio fundamentalis, sine qua vix intelligi possunt quæcumque ad societatem spectant. Hanc notionem rejicit quidem TOULLIER, t. XII, n° 82, p. 133, quoad societatem quamcumque, sive civilem, sive commercialem: alii eam admittunt quoad societates commerciales, non vero quoad societates civiles; ita inter alios FRÉMERY, *Études de droit commercial*, c. IV, p. 31. Verum plerique propugnant verificari eam notionem in quacumque societate: idque pro certo tenent. Ita DURANTON, n<sup>is</sup> 334, 388; DUVERGIER, n° 382-384; DELANGLE, n° 14-22; TROPLONG, n° 58-81. Ostendit postremus iste auctor sub jure Romano admissum fuisse societatem esse velut quoddam corpus mysticum, cui competunt et dominium fundi socialis, et varia jura distincta a juribus sociorum, qui erga societatem obligantur, sicut et societas erga illos; idem agnatum fuisse sub jure nostro veteri, et hodie vigere sub codice Civili, in quo non expresse quidem declaratur principium, sed plura statuuntur quæ illud supponunt, ut in decursu videbimus. Deinde explicat, n° 69, quomodo auctoritate privatorum efformari possit corpus morale, non quidem publicum, sed privatum, quale est societas, quæ coalescit vi conventionum in quibus non requiritur auctoritatis publicæ interventus. Cæterum jus quod tribuitur illi corpori morali non impedit quin socii habeant quoddam jus proprietatis in ea quæ in communi reposita sunt, *Cum etiam id quod commune est, nostrum esse dici queat*; *ibid.*, n° 70 (vid. etiam n° 63). Exinde tamen haud parvi momenti consecutaria deducuntur, quæ exponuntur n° 72-81. Hæc indicasse ad scopum nostrum satis est.

858. IV. Demum intelligitur societatem *esse viam legitimam lucri comparandi*. Constat non solum ex usu et consensu omnium, et ex utilitate reipublicæ, quæ ex societatibus multa obtinet quæ privati separatim præstare non possent, prout evolvunt œconomistæ, et ex historiæ monumentis elucidant plures jurisperiti, inter alios TROP-LONG, et DELANGLE in *Præfat.* operum suorum; sed etiam ex ipsa societatis natura. Omnia quæ afferuntur in societatem efformant quoddam totum morale, quod pertinet ad illud corpus mysticum de quo mox loquebamur: ergo si illud totum morale fructificet, et quidem via justa, ut in ipsa definitione fertur, fructificat domino, quemadmodum pro illo periret; quia qui subit periculum, debet habere lucrum: porro facile intelligitur lucrum illud societati obvenienstribuendum esse sociis eadem proportionem qua unusquisque in societatem contulit. Satis illud patet, quando æqualis fuit omnium contributio. Si vero unus pecuniam, alter industriam conferat, adest eadem ratio: e duobus conjunctis exurgit totum morale; qui confert pecuniam, subit ejus periculum; ergo jus habet ad lucrum: qui autem confert laborem aut industriam, evidenter jus habet ad illius fructum.

Hinc olim theologi observare non omittebant posse eos qui ab usura removendi sunt induci ad societatem ineundam: quibus ideo ostendi potest societatem esse bono publico valde utilem, nec bono privato tam noxiam ac mutuum usurarium; longe minora esse incommoda quam quæ multi allegant ut possint ad usuram recurrere. Vid. *Collat. Paris., de Usura*, t. II, l. I, conf. I, §. 14, p. 38 et seq.; LAPORTE, *Princip. sur l'Usure*, t. II, p. 240 et seq.

#### ART. 2. *De variis societatis speciebus.*

859. Duplicem societatis speciem distinguit codex Civilis: altera est universalis, altera particularis; art. 1835.

Posterior subdividitur in societates civiles, de quibus solis loquitur codex Civilis, et societates commerciales, de quibus nonnulla dicemus, ut saltem aliqua earum notitia habeatur.

I°. *De societate UNIVERSALI.* Duæ agnoscuntur hodie species societatis universalis: altera universorum bonorum præsentium; altera universorum quæ ex quæstu veniunt, seu universorum quæstum; art. 1836. Possunt illæ duæ species per conventionem expressam simul conjungi; art. 1837: unde quidam distinguunt tertiam speciem, quæ nempe esset simul bonorum præsentium, et lucrorum.

Hujusmodi societas, quam olim frequentissimam fuisse testatur TROPLONG, n° 256 et seq., hodie rarissimi est usus; præsertim societas universorum bonorum: ideo quando inita est societas universalis, absque alia explicatione, intelligitur tantum societas quæstum; art. 1839: cum hæc minus gravia inducat consectaria, facilius præsumitur: *ibid.*, n° 299.

860. Quando initur universalis societas, non raro evenit ut una pars plus conferat quam altera: tunc est vera donatio. Imo semper talem esse præsumit legislator, ideoque statuit eam locum habere non posse inter personas inhabiles ad sibi invicem donandum, vel in quarum bona aliquis habet jus reservationis; art. 1840. Ex ultima hujus articuli parte sequi videtur societatem non solum reduci tantquam donationem ad portionem disponibilem, sed et esse prorsus irritam: ita intelligit DELVINCOURT, *Notes*, p. 220, qui inde concludit in mente legislatoris esse ut non possit fieri indirecte, quod directe fieri posset (de quo vid. n° 169): ita etiam DUVERGIER, n<sup>is</sup> 118, 119. Verum propugnat TROPLONG, n° 301 et seq., temperari posse et debere rigorem hujus articuli, qui haud satis gravi innititur rationi, et absque ulla legislatoris intentione prævia extensus est



ad societatem lucrorum : ita nempe intelligi debet, ut eatenus restringatur societas, quatenus læderet reservationem. Idem docet DURANTON, n° 384.

861. His ita generatim statutis, pauca sufficiant de qualibet societatis universalis specie.

I. *Societas universorum bonorum præsentium* complectitur omnia bona mobilia et immobilia quæ nunc possident socii, et quæstus ex iis proventuros : possunt etiam conferri quælibet alia lucra ; sed bona obventura per successionem, donationem aut testamentum non possunt conferri in societatem nisi quoad fruitionem : prohibetur conventio qua conferretur eorum bonorum proprietas, nisi inter sponsores ; art. 1837. Igitur 1°. non admittitur societas bonorum futurorum : cum prohibeatur eorum bonorum donatio, visum est non debere permitti societatem qua ea prohibitio facile eluderetur. Si iniretur societas bonorum præsentium simul et futurorum, docet DURANTON, n° 350, validam fore conventionem quoad præsentia, et irritam tantum quoad futura. Sed rectius docent DUVERGIER, n° 103, et TROPLONG, n° 276, conventionem non posse eo modo scindi, quia jam non stat societas qualem intenderunt contrahentes. 2°. Quamvis doceat etiam DURANTON, n° 351, hanc societatem complecti pleno jure fructus bonorum futurorum, negant DUVERGIER, n° 93, et TROPLONG, n° 269 : prior pars articuli loquendo de fructibus bonorum præsentium, satis aperte excludit fructus bonorum futurorum ; posterior autem pars, cui innititur Duranton, non respicit nisi casum conventionis de omnibus lucris in societatem conferendis.

862. II. *Societas universalis quæstum* complectitur quidquid acquirerent socii per suam industriam, quocumque titulo, durante societate : item mobilia quæ possident tempore contractus ; immobilia autem personalia quoad fruitionem tantum ; art. 1838. Dicitur *Per industriam*, quia

lucra obvenientia, v. g., ex successione, donatione aut testamento, non conferuntur in societatem. Ita TROPLONG, n<sup>o</sup> 286, 287.

863. II<sup>o</sup>. *De societate PARTICULARI*. Eo nomine designatur quæcumque societas non est universalis sensu exposito. Unde definiri potest: Societas quæ certas res determinatas, vel illarum usum, vel fructus ex illis percipiendos, vel aliquam negotiationem aut artem complectitur; art. 1841, 1842.

Ex hac definitione intelligitur quam varia esse possint societatis particularis objecta. Sed possunt ad duas classes reduci, ex quibus deducitur divisio jam indicata in societates civiles et commerciales. Posteriores subjiciuntur per usum et leges commercii regulis quæ in pluribus derogant principiis societatum civilium; art. 1873. Plurimi ergo interest alias ab aliis secernere. Porro agnoscunt jurisperiti distinctionem repetendam esse ex objecto seu fine. Commerciales dicuntur societates initæ ad exercendum commercium; vel eliciendos actus commercii: cæteræ civiles nuncupantur. Quinam autem actus censeantur commerciales determinat codex Commercii, art. 632, 633. Sed in praxi aliquando satis difficilis est applicatio, ob multiplices modificationes quæ sive ex circumstantiis, sive ex sociorum conventionibus inducuntur. Vid. TROPLONG, n<sup>o</sup> 319-356.

864. Societatum commercii diversæ species distinguuntur: quod nunc exponendum.

III<sup>o</sup>. *De societatibus COMMERCII*. In codice Commercii, art. 19, tres admittuntur societatis species, nempe *en nom collectif*, *en commandite*, *anonyme*; quibus additur, art. 47, *l'association en participation*.

I. *De societate en nom collectif*. Ea est qua exercetur commercium sub nomine sociali, *sous une raison sociale*; art. 20: id est, adhibentur nomina eorum aut quorundam

ex iis qui efformant societatem, et ex his nominibus constituitur subscriptio requisita in omnibus actibus, ut distinguantur ab iis quos socii elicere possent proprio nomine, seu ut privati. Vid. PARDESSUS, t. IV, n<sup>o</sup> 978, 979. Hujusmodi societas nonnisi scripto ineunda est; art. 39 : et scriptum debet reddi publicum eo modo qui determinatur art. 42 et seq. Semel efformata societate, aliquando nominatur unus vel plures qui hujus negotia gerant, et possint subscribere nomine sociali; tunc alii excluduntur : si vero non fiat hæc delegatio, quilibet e sociis administrare et subscribere potest. Porro acta eorum qui jus habent subscribendi ligant omnes socios, quando inita sunt sub nomine sociali; art. 22. Ita exigit bonum commercii, et sequitur ex principiis generalibus juris, cum quilibet e sociis censeatur agere nomine aliorum et esse eorum mandatarius. Unde intelligitur inter omnes societates nullam esse qua strictiora et graviora imponantur onera. Vid. PARDESSUS, n<sup>o</sup> 1012 et seq.; DELANGLE, n<sup>o</sup> 226 et seq.

865. II. De societate *en commandite*. Hæc duplicis generis socios complectitur, quorum alii vocantur commendantes, gallice *commanditaires*, seu *associés en commandite*; alii commendatarii, gallice *commandités*. Scilicet commendantes subministrant tantum pecuniam<sup>1</sup>, sunt, ut dicitur, *simples bailleurs de fonds*; art. 23 : non tenentur de damno nisi secundum ea quæ contulerunt aut conferre debuerunt in societatem; art. 26 : nullatenus possunt ge-

<sup>1</sup> Ex art. 38, possunt variæ summæ distribui, ut dicitur, *en actions* : sed valde controvertitur an, sicut in societate anonyma, possint admitti *actiones* quæ vocantur *au porteur*. Negat PARDESSUS, n<sup>o</sup> 1033, p. 196 et seq. Affirmat TROPLONG, n<sup>o</sup> 147 et seq. Consultationes celebriorum advocatorum in utramque partem refert DELANGLE, t. II, n<sup>o</sup> 504 et seq. Pro ultima opinione judicavit Curia Parisiensis. Plura etiam de ea quæstione videri possunt apud VOLOWSKI, *Revue de Législation et de Jurispr.*, t. VII, p. 273 et seq.

rere negotia societatis, etiam cum mandato commendatariorum; art. 27. Commendatarius autem vel, si plures sint, commendatarii soli societatis negotia gerunt, sub nomine sociali, quod esse debet nomen unius aut plurium ex ipsis; art. 23 : prorsus excluso nomine cujuslibet e commendantibus; art. 24. Ex quo intelligitur, quando plures sunt commendatarii, concurrere simul societatem *collectivam* quoad ipsos, et societatem *en commandite* quoad cæteros; art. 24.

Sed simul patet quam sedulo distingui debeant commendantes a commendatariis : isti enim tenentur in solidum et personaliter ; cæteri vero non seipsos præcise obligant, sed tantum ea quæ in societatem contulerunt. Hinc licet hæc societas scripto iniri, et publica fieri debeat eodem modo ac societas *en nom collectif*, ex art. 39, 42 et seq., non requiritur tamen ut exprimantur nomina commendantium, art. 43. Hinc etiam plurimi interest commendantium ut in actu societatis clare exprimatur ipsos non obligari ultra id quod conferunt, seu ipsos esse tantum commendantes, non autem membra societatis *collectivæ* : nisi enim illud exprimatur, habebuntur ut socii ordinarii, et eo titulo tenebuntur de universo societatis damno. Hinc demum colligitur hanc societatem aliquam habere analogiam cum mutuo, quatenus commendantes, sicut et mutuantes, subministrant pecuniam, cujus dispensatio commendatariis, sicut et mutuataris, omnino relinquitur. Sed tamen qui hæc duo non distingueret, in gravi versaretur errore, inquit TROPLONG, n° 442 : art. 26 codicis Commericii diserte indicat commendantem sub nomine socii; et revera discrimen in eo est quod in societate pecunia pereat commendanti, in mutuo autem pereat mutuatario. Vid. *ibid.*, n° 443 et n° 49.

§66. III. De societate *anonyma*. Hæc non habet nomen sociale, nec designatur nomine ullius e sociis; art. 29 :

nomen accipit a suo objecto ; art. 30. Est potius societas summarum, quam personarum. Nullus e sociis tenetur in solidum, et ideo quilibet non amittit nisi quod contulit ; art. 33. Summæ administrantur per delegatos, ad tempus, et revocabiles, sive socios, sive non, sive gratuitos, sive stipendio conductos, qui non tenentur nisi de executione mandati suscepti ; art. 31 et 32. Illæ societates vocantur *Compagnies*, quando agitur de rebus magni momenti. Non possunt iniri nisi per actum authenticum, art. 40. Pro iis prævia Regis requiritur approbatio ; art. 37. Summæ sunt in varias partes divisæ quæ vocantur *Actions*, et possunt esse objectum negotiationis : dividitur lucrum inter socios, et pars quæ unicuique obtingit dicitur *Dividende*. Vid. PARDESSUS, n° 1039 et seq. : ad calcem t. IV, p. 457 et seq., refertur Instructio ministerialis de iis quæ præstanda sunt ut obtineatur approbatio regia pro societatibus anonymis.

867. IV. De societate quæ dicitur *Association commerciale en participation*. Non est proprie dicta societas, cum totum negotium non sit commune, nec quilibet censeatur agere nomine aliorum : sed est mera participatio lucro et damno pro uno aut quibusdam negotiis specialibus. Non subjicitur iisdem formis ac aliæ societates ; art. 50 : ordinatur ex conventionem partium ; art. 48 ; et quacumque via probari potest ; art. 49. Qui sic participant non obligantur in solidum erga extraneos, quoad actus quos separatim eliciunt. Vid. TROPLONG, n° 480 et seq. ; DELANGLE, t. II, n° 591 et seq.

Observandum superest discussiones quæ oriuntur inter socios ratione societatis commercii, judicari debere modo speciali, quem statuit codex Commercii, art. 51 et seq., scilicet per arbitros qui vel ab ipsis sociis eliguntur, vel in eorum defectum designantur ex officio per tribunal commercii ; art. 55. Plurima ex hoc modo oriri incommoda existimat TROPLONG, t. II, n° 520.



ART. 3. *De juribus et obligationibus sociorum.*

868. In hoc articulo exponi debent effectus societatis, cujus naturam et varias species indicavimus. Illi autem effectus investigari possunt vel quoad socios erga se invicem, vel quoad extraneos (*les tiers*): de hoc duplici respectu seorsim agemus cum codice Civili. Quæcumque ibi statuuntur, generatim spectant ad omnes societates, inquit TROPLONG, t. II, n° 517, exceptis quibusdam dispositionibus specialibus, quas in decursu indicabimus.

§. 1. *De juribus et obligationibus sociorum erga se invicem.*

869. Cum hæc jura et obligationes non vigeant nisi quatenus subsistit societas, determinat codex Civilis quandonam hæc incipiat, quandonam finem accipiat. Initium societatis ab ipso contractus instanti repetendum est, nisi alia assignetur epocha; art. 1843. Perfectus est contractus etiam ante rei traditionem, utpote consensualis, prout jam diximus (n° 855). Si autem de duratione societatis nihil statuerint contrahentes, inita censetur pro tota sociorum vita, cum restrictione art. 1869 sancita; vel si agatur de negotio quod nonnisi limitatum tempus habeat, pro toto illo tempore; art. 1844. De dissolutione societatis infra agetur ex professo.

His positis, ad quinque præcipua capita reduci possunt quæ hic statuuntur: 1°. de obligationibus sociorum erga societatem; 2°. de obligationibus societatis erga socios; 3°. de determinatione seu partitione lucrorum et damnorum; 4°. de administratione societatis; 5°. de sociis adjunctis.

870. I°. *De OBLIGATIONIBUS SOCIORUM erga societatem.* Tres præcipuæ investigari possunt: prima spectat ad partem a quolibet socio in societatem conferendam; secunda, ad lucrum e fundo communi a socio eductum; tertia, ad damnum a socio illatum societati.

I. *De parte a quolibet contrahente in societatem conferenda*, gallice *de l'apport, ou de la mise*. Quilibet socius debitor est erga societatem rei quam conferre promisit; art. 1845. Non dicitur debitor erga alios socios, sed erga societatem, seu erga personam illam moralem de qua locuti sumus (n° 857). Obligatio illa potest esse vel dandi, si socius promiserit pecuniam, merces, aut alia hujusmodi; vel faciendi, si promiserit industriam: inter utramque autem haud modicum existit discrimen, ut exposuimus in prima parte (n° 265 et seq.): memorare sufficiat ex art. 1138 per obligationem dandi creditorem effici rei proprietarium; ex articulo autem 1142 obligationem faciendi resolvi in compensationem damnorum.

Ut magis explicetur hæc obligatio, distinguendum est quodnam sit illius objectum.

1°. Si pars conferenda consistat *in corpore certo*, socius tenetur illud tradere societati: et si societas evincatur, tenetur debitor ad assecurationem, quemadmodum venditor erga emptorem; art. 1845: quia illud postulat æqualitas, quæ in utroque contractu existere debet. Sed observant DELVINCOURT, *Notes*, p. 228, DUVERGIER, n° 167, et TROP LONG, n° 536, illud locum habere non posse in societatibus universalibus, quia obligatio non est de corpore certo et determinato.

2°. Si consistat *in pecuniæ summa*, debet socius illius auctuarium a die quo tradere debuisset, et quidem pleno jure, absque ulla petitione; art. 1846. Generatim in obligationibus quæ pro objecto habent summam pecuniæ, ex art. 1153, auctuarium non debetur nisi post petitionem: idemque in societate docebat POTHIER, n° 116. Aliud statuit codex Civilis: tum quia, inquit DELVINCOURT, *Notes*, p. 228, æquum est ut socius qui fruitur societatis commodo solvat auctuarium suæ partis; tum quia sic præcaventur lites inter socios. Insuper, ut ait TROP LONG, n° 541,

socius non ignorat societatem initam esse ad faciendum lucrum, ideoque interpellatione non indiget ut sciat per moram suam inferri damnum societati. Ob easdem rationes, potest obligari, si locus sit, ad maiorem compensationem damni illati; art. 1846 : unde etiam sub illo respectu societati non applicatur art. 1153, sed socii subijciuntur regulis magis rigorosis. Vid. DUVERGIER, n° 155; TROPLONG, n° 542. In foro conscientiæ, socius certe tenetur compensare damnum culpa sua illatum : quoad auctuarium vero, quamvis quæstionem apud auctores discussam non inveniamus, videtur deberi etiam in conscientia : tum quia haberi potest ut in parte a socio afferenda virtualiter inclusum; tum quia, cum socius ille participet lucro societatis, adest compensatio.

3°. Si socius *industriam suam* promiserit, societati debet omnia lucra quæ ex industria promissa percepit; art. 1847. Dicitur *Ex industria promissa*, quia si agatur de societate particulari, socius non debet lucra quæ percepit ex industria diversa, modo aliunde promissum suum impleverit : in societate autem universali, locus non est huic distinctioni, TROPLONG, n° 548-550.

871. II. *De lucro per socium educto e fundo communi.* Si socius pecuniam communem acceperit, vel in proprios usus adhibuerit, omnimode, etiam mora non interveniente, præstare debet hujus auctuarium; et compensare damna illata, si majora fuerint; art. 1846 : applicantur quæ modo diximus. Imo licet non agatur de fundo communi, non potest socius proprium commodum præferre commodo societatis. Principium illud non expresse statuit codex Civilis, sed quasdam includit dispositiones quæ illud supponunt, et non sunt nisi illius consecrarium, ut explicat TROPLONG, n° 551, 552. Scilicet :

1°. Si unus e sociis sibi personaliter obligatum habeat pro summa exigibili debitorem qui sit eodem modo obliga-

tus erga societatem, non potest debitum suum integrum recipere, cum damno societatis : sed solutio proportionate imputanda erit super utroque debito, nisi socius totam imputaverit super debito societatis ; art. 1848 : socius non minus invigilare debet commodo societatis quam proprio commodo. Sed hæc decisio non applicaretur socio qui dicitur *Commanditaire*, quia, ut vidimus (n° 865), non potest gerere negotia societatis, nec proinde recipere solutionem ipsi debitam ; item nec socio qui nullam partem habet in societatis administratione alteri commissa : ita saltem PARDESSUS, n° 1018 ; DUVERGIER, n° 341 ; TROP-LONG, n° 556-558 ; quamvis contrarium doceat DURANTON, n° 401, quem sequitur DELANGLE, t. I, n° 170, quia socius, licet a societatis administratione exclusus, potest semper ipsius bonum procurare : sed esto quod possit, non ad id tenetur, inquit Duvergier, nec proinde deest officio suo, si proprium debitum tantum recipiat. A fortiori non deerit, si debitoris intersit ut potius debitum erga socium quam erga societatem extinguatur, et reipsa velit solutionem nonnisi super priori debito imputare ; sed si debitoris non interesset, hæc imputatio facile haberetur tanquam collusio fraudulenta : ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 231 ; DUVERGIER, n° 336 ; TROP-LONG, n° 559 ; DELANGLE, n° 168.

2°. Ob eandem rationem, si in casu debiti communis erga societatem unus e sociis partem suam integram receperit, tenetur hanc ad societatem conferre. Ita art. 1849, qui, licet loquatur tantum de debitore qui est solvendo impar, ab auctoribus ad omnes casus extenditur : DUVERGIER, n° 342 ; TROP-LONG, n° 561 ; DELANGLE, n° 171.

872. III. *De damno per socios illato societati.* Quilibet socius tenetur erga societatem de damnis culpa sua illatis, nec potest ea compensare per lucra quibus per suam industriam in aliis negotiis societatem auxit ; art. 1850. De

quam culpa teneatur socius, expendimus in prima parte (n° 282). Ideo autem *non compensatur compendium cum negligentia*, ut dicitur in jure, quia lucra pertinent ad societatem, et socius adhibendo suam industriam officio suo tantum satisfecit; proindeque jus non habet ad ullam compensationem.

873. II°. *De OBLIGATIONIBUS SOCIETATIS erga socios.* Illæ obligationes spectare possunt vel ad partem a quolibet socio collatam, vel ad compensationem (*l'indemnité*) aliquando sociis debitam.

I. *Quoad partem a quolibet socio collatam.* Videndum est an ipsum rei dominium fuerit collatum, an vero tantum usus seu fruitio. In priori casu, principium generale est res collatas non remanere sub dominio socii conferentis, sed transire in dominium societatis. Exinde determinari possunt obligationes societatis, seu (quod in idem recidit) jura sociorum. Quamdiu durat societas, quilibet socius non habet nisi jus quasi conditionatum, seu, dissoluta societate, determinandum: ea autem dissoluta, potest solum postulare partitionem; sed non potest præcise rem a se collatam exigere in natura, quia hæc facta est communis, et proinde inter omnes dividenda. Aliud autem dicendum foret, si non ipsum dominium, sed fruitionem tantum contulisset socius: tunc, cum dominium retinisset, posset in fine societatis rem suam sibi vindicare. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 228; DUVERGIER, n° 178; TROPLONG, n°s 580, 581, ubi ait propositionem quæ in casu collati dominii tribuit socio jus rem suam vindicandi esse gravem errorem qui confutatione non indiget.

Si autem quæstionem expendamus ex parte societatis, debitorum rerum quarum sola fruitio collata est. Imo fieri potest ut, licet solam fruitionem conferre intenderit socius, ipsum dominium transierit in societatem, quæ teneatur reddere æquivalens. Illud autem adest discrimen inter



utrumque casum, quod ubi societas non acquisivit dominium, est debitor corporis certi : ubi vero acquisivit, est tantum debitor quantitatis, seu objecti indeterminati. Ita DEMANTE, t. III, n° 560. Hæc ex modo dicendis magis elucidabuntur.

874. Quodcumque sit jus socii in rem collatam, non potest eam in natura exigere, si perierit. Sed videndum tunc utrum aliquem recursum habeat erga societatem. Illud autem pendet ab ea quæstione : cujus periculo sit res, seu cui pereat? De qua hæc statuuntur in codice Civili.

1°. Si res collata in societatem *quoad fruitionem tantum* sit certa et determinata, nec usu consumptibilis, est periculo socii qui illius dominium retinet; art. 1851 : igitur, si pereat casu fortuito, seu sine culpa societatis, perit socio, seu domino. Hæc est regula generalis. Sed statim subjiciuntur quatuor exceptiones, seu casus in quibus socius censetur sibi reservasse jus ad valorem rei finita societate.

Prima exceptio est de rebus primo usu consumptibilibus, seu *fungibilibus* : hæc pereunt societati, et ea dissoluta socius est creditor societatis, ut recuperet quod contulit, excepta tamen parte damni quam ut socius subire debet. Ratio ita statuendi fuit, quia in rebus hujusmodi non potest conferri fructio nisi simul transferatur dominium, cum res per fruitionem statim consumatur. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 227; DURANTON, n° 409; DUVERGIER, n° 173; TROPLONG, n° 586. Observat tamen DELVINCOURT, p. 228, casum istum valde differre ab eo in quo collata fuisset ipsa rerum fungibilium proprietas, quia tunc socius nihil repetendum haberet. Idem agnoscit TROPLONG, t. I, n° 122, qui exinde concludit maximi esse momenti determinare, quando id expressum non est,

utrum dominium collatum fuerit, utrum fruitio tantum; illud interest præsertim quando unus pecuniam, alter operam tantum conferunt. Porro magna erat ea de re inter auctores controversia, quam fuse exponit **TROPLONG**, n° 123. Non pauci contendebant quæstionem solvendam esse ex circumstantiis, ex quibus dignosci potest quænam fuerit contrahentium intentio: idemque hodie docet **PARDESSUS**, n° 990. Non negat **TROPLONG**, n° 124, rationem habendam esse hujus intentionis; sed existimat, posito art. 1851, potius præsumendum esse quod collata fuerit ipsa proprietas: si enim collata diceretur sola fruitio, res periret societati, ac proinde qui operam contulit deberet alteri socio reddere partem pecuniæ amissæ; quod videtur nimis rigorosum. Idem docent **DURANTON**, n° 408, et **DUVERGIER**, n° 196, 204, qui afferunt plures rationes haud satis validas. Sed quando constat fuisse collatam fruitionem tantum, dubium non videtur quin ex codice Civili socius qui industriam contulit debeat subire damnum, non solum suæ industriæ, sed etiam partim pecuniæ ab altero socio collatæ. Iste nihilominus semper differt a simplici mutuante: tum quia mutuans jus habet ad auctuarium in quocumque eventu, socius autem carere potest omni lucro, si nullum adfuerit; tum quia mutuans summam suam integram recipit, dum socius partem damni ex amissa pecunia illati subire debet. — Et hæc quidem pro foro externo dicta sint: quid in foro interno statuendum, intelligetur ex dicendis ubi *de Triplici Contractu*.

875. Secunda exceptio est de rebus quæ *lapsu temporis deteriorantur*: hæc pereunt etiam societati, non minus ac res fungibiles. Ratio est, quia præsumendum non est voluisse socium res illas usu vel tempore detritas recipere; censetur ergo voluisse tantum sibi reservare jus in earum valorem, relicto societati jure de iis disponendi quemadmodum de rebus fungibilibus. Ita **DELVINCOURT**, *Notes*,

p. 228; DUVERGIER, n<sup>is</sup> 173, 179; TROPLONG, n<sup>o</sup> 588. Ob eandem rationem, res illæ non solum pereunt, sed etiam deteriorantur societati, nec tenetur socius illas deterioratas recipere. Ita iidem auctores, *ibid.*, contra DURANTON, n<sup>o</sup> 409 : hunc refellunt DUVERGIER, n<sup>is</sup> 180, 183, et TROPLONG, n<sup>is</sup> 589, 590.

Tertia exceptio est de rebus collatis in societatem *ut vendantur* : pereunt etiam societati, et censetur socius contulisse earum valorem quoad fruitionem tantum : alioquin nullum sensum haberet clausula qua sibi proprietatem retinuit. DELVINCOURT, *Notes*, p. 228; TROPLONG, n<sup>o</sup> 592.

Quarta demum exceptio locum habet, quando res in societatem collata quoad fruitionem, *æstimata fuit* : tunc applicatur axioma : *Æstimatio facit venditionem*. Quando loquitur art. 1851 de æstimatione facta in inventario, id intelligendum enuntiative tantum ; sufficit quæcumque æstimatio facta inter socios. In eo autem casu, socius jus non habet nisi ad pretium æstimationis : cum res illi non pereat, non debet illi meliorari. DELVINCOURT, *ibid.*; TROPLONG, n<sup>is</sup> 595, 597, 598.

876. — 2<sup>o</sup>. Si res collata sit in societatem etiam *quoad dominium*, societati perit, ut facile intelligitur. Id admittunt omnes jurisperiti. Difficultas moveri posset ex prima parte articuli 1867 : cum enim statuat per interitum rei dissolvi societatem, supponit rem perire socio ; quia si periret societati, hæc non ideo esset dissolvenda. Sed evanescit difficultas, si advertamus non ibi agi de re cujus dominium jam fuerit in societatem collatum, prout alibi explicamus (n<sup>o</sup> 895).

877. II. *Quoad compensationem* aliquando sociis debita. Socius recursum habet erga societatem, sive quoad summas quas pro ea persolvit, sive quoad obligationes quas bona fide suscepit, sive quoad pericula ejus ges-

tioni annexa; art. 1852. Socius qui gerit negotia societatis habendus est ut mandatarius; ergo jus habet ad compensationem damnorum quæ pro mandati executione subiit.

878. III°. *De PARTITIONE LUCRORUM ET DAMNORUM* inter socios. Deficiente speciali conventionione, pars cujuslibet socii proportionata erit ei quam in societatem contulit: si unus non afferat nisi industriam, censetur idem contulisse ac ille qui minimam partem contulit; art. 1853. Si omnes socii non conferant nisi suam industriam, nulla statuitur regula: decisio pendebit ex circumstantiis, instituta scilicet comparatione inter varias industrias. TROP-LONG, n° 620.

Dixi *Deficiente conventionione*, quia suadent auctores ut ipsimet socii partem uniuscujusque determinent. Potest ea determinatio committi uni e sociis, vel extraneo: tunc determinatio semel peracta impugnari nequit nisi evidenter æquitati repugnet, et nonnisi per tres menses a tempore quo ille qui se læsum asserit determinationem cognovit, et modo eam exsequi non incœperit; art. 1854. Cæterum quælibet conventioniones inter socios iniri possunt: id unum statuitur, irritam fore conventionem qua totum lucrum uni tribueretur; item eam qua res in societatem ab uno vel pluribus allatæ ab omni damno eximerentur; art. 1855.

Eo articulo prohibetur societas quæ vocatur *Leonina*, in qua nempe non servatur justa inter socios lucri et damni proportio quam exigit scopus per societatem intentus. Illud duplici modo fieri posse indicat articulus, nempe si unus excludatur a lucro dum est particeps damni, vel si unus eximatur a damno dum est particeps lucri. De utroque casu separatim dicemus.

879. I. Si unus e sociis omnino excludatur a lucro, irrita est conventio. Non exigitur quidem ut omnes socii æqualem partem in lucro habeant; potest enim per aliam

viam institui inter eos æqualitas, vel si non instituat, sequetur tantum societati adjunctam esse donationem : sed exigitur aliqua, et quidem seria et rationabilis, communio lucri, alioquin deficit scopus societatis, ut patet. Vid. TROPLONG, n° 631 et seq. Non ideo tamen reprobat, conventio ex qua totum lucrum pertinebit ad eum qui superstes erit, *au survivant des associés* : hæc olim ab omnibus admittebatur, imo et frequenter adhibebatur; nec ulla est ratio hodie eam rejiciendi. Est conventio aleatoria, in qua quilibet exponitur periculo parte sua carendi, et habet spem totum obtinendi. Art. 1525 satis aperte supponit eam esse validam, cum eam inter sponso permittat, nec tanquam donationem, sed tanquam societatem, habeat. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 223; PARDESSUS, n° 997, p. 91, 92; TROPLONG, n° 646; DELANGLE, t. I, n° 119 : contra DUVERGIER, n° 268.

880. II. Si contra *unus* e sociis omnino *eximatur a damno*, quoad summas vel objecta in societatem collata, irrita pariter declaratur conventio. « Il est de l'essence de « la société, » inquit TROPLONG, n° 647, « qu'il y ait participation aux risques : en ôtant cette participation, on « détruit la société. Les canonistes se sont appliqués à « faire ressortir cette vérité; elle a été leur arme la plus « puissante pour bannir l'usure de ce contrat. Les civilistes, qui se sont renfermés dans les principes, n'ont « pas été moins exacts à la maintenir dans sa sévérité. » Explicandum tamen quousque extendenda sit ea dispositio.

1°. Si *unus* e sociis non afferat nisi *industriam*, dicunt auctores conveniri posse ut nullam partem damni sentiat. Sed alii advertunt hunc esse improprium loquendi modum : nam posita etiam conventionem qualis intelligitur, exponitur periculo amittendi fructum sui laboris et *industriæ* : ac proinde adest vera communio damni. Et talis



est sensus plurium juris Romani dispositionum, in quibus dicitur, *Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit*; additur enim statim: *Quod ita demum valebit, si tanti sit opera, quanti damnum est.* Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 223; DUVERGIER, n° 257; TROP LONG, n° 648: et e theologis, *Collat. Parisiens.*, de *Usura*, t. II, l. I, conf. II, §. 3, p. 58; *Collat. Ambian.*, t. IV, p. 138; plures alii in decursu citari poterunt, ubi de *Mutuo* et *Usura*.

Quid vero, si ineatur conventio de certo quodam lucro in omni eventu obventuro ei qui operam præstitit?

Duplici modo id fieri potest. Vel ille socius sibi reservat pretium integrum suæ operæ, etiamsi in fine societatis nullum adsit lucrum; vel sibi reservat solum partem pretii, partem alteram percepturus e lucris societatis, si adsint. In priori casu, tollitur societas, cum ille socius prorsus eximatur a damno: sed nil obstat quin valeat ea conventio tanquam locatio operarum. In posteriori casu, non tollitur ex omni parte societas, sed illi admiscetur locatio operarum: nil pariter obstat quin valida sit talis conventio, duplicem includens contractum. Id sæpissime fieri in commercio, præsertim maritimo, testantur auctores. Ita TROP LONG, n° 649-651; DURANTON, n° 420; DUVERGIER, n° 263. Idem admittit *Collat. Paris.*, loc. cit., §. 7, p. 74.

881. — 2°. Major est difficultas, utrum ille qui pecuniam contulit possit etiam a quolibet damno eximi, sive quoad sortem seu pecuniam allatam, sive quoad lucrum: seu aliis verbis, an possit ab altero socio obtinere assecurationem sive sortis, sive lucri, sive utriusque? Injusta profecto foret talis conventio, si nulla institueretur compensatio in gratiam alterius socii: sed non ita constat quid dicendum, si ipsi in compensationem relinquatur pars lucri sperati, ultra id quod ei debetur vi ipsius societatis.

Huc spectat celebris illa controversia de *Tribus contrac-*

*tibus*, seu de *Contractu trino*, quæ tantam affinitatem habet cum controversia circa usuram; quamque ideo ad eum locum remittimus ubi de ista agemus. In præsentī satis nobis sit investigare quousque extendatur dispositio articuli 1855, quem nunc expendimus.

1. Si assecuretur solummodo lucrum, non vero ipsa sors, non obstat art. 1855: neque enim dici potest alterum socium excludi a lucro, cum spem habeat lucri majoris; neque assecuratur sors, de qua tantum loquitur secunda pars articuli, *Les sommes ou effets....*: ergo non violatur legis dispositio. Est tunc venditio lucri majoris incerti, pro lucro minori certo. Vid. TROPLONG, n° 639; PARDESSUS, n° 998, p. 96.

2. Si assecuretur ipsa sors, non vero lucrum, videtur primo saltem intuitu violari dispositionem articuli. In hoc sensu eam intelligunt DELVINCOURT, *Notes*, p. 228, dicens ita verisimiliter statutum fuisse ne palliarentur usuræ, et quia visum est hanc conventionem adversari æqualitati quæ inter socios servari debet; DURANTON, n° 418, p. 442, 448; DUVERGIER, n° 254, 255. Hinc miratur PAGÈS, *Prêt à intérêt*, edit. III, p. LII, theologos qui post codicem Civilem scripserunt non attendisse ad hanc dispositionem, quam pariter memorat in edit. IV, t. I, n° 257, p. 451: ita etiam intelligit D. RECEVEUR, p. 282, et in *Append. ad Billuart de Contract.*, p. 83. Attamen parum verisimile videtur legislatorem qui permisit mutuum cum auctuario voluisse proscribere conventionem de qua nunc agimus. Revera hanc non fuisse ejus intentionem propugnat TROPLONG, n° 653, p. 130 et seq. Etenim ex art. 1851 potest in societatem conferri sola pecuniæ fruitio, et tunc nihilominus pecunia non socio, sed societati perit: porro talis conventio æquivalet pacto quod socius pecuniam conferens init de ea in omni eventu recuperanda.

Equidem, ut supra dictum est (n° 874), si societas

non *lucrum* perceperit, sed *damnum* experta fuerit, ille socius hujus partem ferre debebit, seu non recipiet partem quam ut socius solvere deberet sibi ut creditori. Sed pro certo statuit idem auctor, n° 660, eum posse ab ea obligatione eximi. Nam in eo casu confertur in societatem, non ipsa pecunia, sed *fruitio*, seu *lucrum* ex ea percipiendum : porro *lucrum* illud non assecuratur, cum fieri possit ut nullum remaneat ; ergo non violatur art. 1855. Aliter tamen rem intelligit PARDESSUS, n° 998, p. 93 : « Sans doute un associé peut n'apporter sa mise « que pour l'usufruit, et, dans ce cas, il peut la reprendre « lors du partage, avant qu'on distribue les bénéfices. « Mais il ne la reprendra que si la société n'est pas en « perte. C'est de la société qu'il est créancier ; et si elle « ne peut lui rendre sa mise, il la perdra. Au contraire, « lorsqu'il prend la précaution de stipuler, non-seulement « qu'il pourra prélever sa mise avant tout partage de bénéfices, mais encore que si les pertes sociales absorbent « tout, les autres associés lui payeront cette même mise « sur leurs biens propres, c'est, dans la réalité, un prêt « qu'il leur a fait.... La nature des contrats ne doit pas être « confondue. Vouloit-on, en stipulant ainsi, faire un contrat de société ? Il est de l'essence de cette convention « que les apports respectifs ne puissent être retirés par « les associés, si les pertes de la société sont telles qu'elles « absorbent toutes les mises. » Cæterum quidquid ea de re admittatur, majoris vel minoris momenti erit solutio, prout intelligetur vis nullitatis per illum art. 1855 inductæ : de quo mox dicemus.

3. Demum si assecuretur ab aliis sociis simul sors et *lucrum*, agnoscunt jurisperiti everti societatem, et induci mutuum : unde, inquit TROPLONG, n° 652, si intendatur mutuum cum auctuario lege permissio, est vanus et inutilis circuitus ; si autem intendatur auctuarium ultra taxa-

tionem legis, fraus illa reprimenda erit. Si igitur socius, præter auctuarium legale, sibi reservet partem in lucro, erit usura manifesta, ut judicavit Curia suprema : *ibid.*, n° 661 ; DUVERGIER, n° 58, 264 ; DELANGLE, n° 112, 113.

882. Expendendum superest, quid operetur nullitas inducta per art. 1855, sive referatur tantummodo ad casum quo assecuratur simul sors et lucrum, sive ad eum quo assecuratur tantum sors?

Juxta DURANTON, n° 422, p. 455, DUVERGIER, n° 277, et TROPLONG, n° 662, ipsa societas irrita efficitur, quia vitiatur in sua essentia : unde in jure Romano declarabatur *Talem societatem* (leoninam) *nullam esse*. Sed observat DELVINCOURT, *Notes*, p. 223, ex ipsis articuli verbis solam conventionem societati adjectam declarari irritam, non vero ipsam societatem : cum ergo tunc censeatur societas nullum includere pactum de lucris et damnis, standum est dispositioni articuli 1853. Idem docent PARDESSUS, n° 998, p. 95 ; ROGRON, ad art. 1855 ; DELANGLE, n° 120. Addit tamen Pardessus : « A moins que les tribunaux ne crussent, d'après les expressions du contrat, « devoir décider que la convention n'est qu'un prêt ordinaire, dont ils réduiroient les intérêts au taux légal. » Sed ipsa hæc verba indicant in mente auctoris non esse quod talis conventio sit prorsus irrita.

Inter illas opiniones, solutio quæstionis pendere videretur ab intentione contrahentium ; id est, stabit societas, si voluntas eorum prædominans in hanc feratur ; secus, si in clausulam adjectam. Si hæc intentio perspecta non sit, existimamus nullitatem extendendam non esse ultra id quod ferunt verba articuli, ac proinde restringendam esse ad clausulam adjectam. Si vero ex circumstantiis judicetur contrahentes noluisse societatem independentem a clausula, tunc pro foro conscientiae judicium ferendum erit juxta ea

quæ statuentur ubi *de Usura* : ubi scilicet expendemus quid in conscientia sentiendum de variis pactis quæ contractui societatis adjici possunt.

883. IV°. *De ADMINISTRATIONE societatis.* Duplicis speciei regulæ ea de re in jure traduntur : aliquando enim in ipso societatis contractu ordinatur hæc administratio ; aliquando, deficiente speciali conventionione, ordinatur per ipsam legem. De utroque casu sigillatim loquemur.

I. *Si inita fuerit specialis conventio* de administratione societatis, huic profecto standum est : lex enim hanc determinationem relinquere voluit liberæ sociorum dispositioni ; et quamvis existimet DUVERGIER, n<sup>is</sup> 281, 286, longe satius futurum fuisse ut lex ipsa multo plura determinaret, judicant alii non sine gravibus incommodis restringi potuisse libertatem contrahentium, qui supponi debent in iis quæ ad suum lucrum spectant satis providi, et circa dispositiones quæ pendent præcipue ex personarum et rerum adjunctis, quæ solis sociis in quolibet peculiari negotio sunt perspecta : TROP LONG, n° 711 ; DELANGLE, n° 133. Si ergo socii, eligendo administratorem, ejus officium assignaverint, et facultates restrinxerint, non debet limites prætergredi. Sed plerumque hujusmodi restrictiones non apponuntur : DELANGLE, n° 136. Hæc igitur statuuntur.

1°. Administrator designatus habetur ut mandatarius societatis : diverso tamen titulo, prout designatus fuit in ipsa societatis efformatione, vel tantum postea. Si administrator designatus fuerit *in ipsa societatis efformatione*, jam hæc designatio pertinet ad ipsam societatis substantiam : unde administrator ille differt a mandatario ordinario ; non enim potest revocari, quamdiu durat societas, nisi ex causa legitima ; art. 1856. Insuper quæcumque ad societatis administrationem pertinent præstare potest, etiam reluctantibus sociis, modo sine fraude agat ; *ibid.*



Ob eandem rationem, non potest ipse administrationem relinquere. Si autem rem societatis prudenter non gerat, possunt alii sibi consulere, sive per actionem fraudis causa, sive per revocationem allegata causa legitima, sive demum per societatis dissolutionem. Vid. TROPLONG, n° 669-678. Si vero nonnisi *post efformatam societatem* designatus fuerit, potest revocari ut simplex mandatarius; art. 1856.

884. — 2°. Quoad facultates autem administratori concessas, generatim æquiparatur mandatario generali. Cum tamen et ipse partem in societate habeat, sitque co-proprietarius, magis perfecte gerit personam societatis, quam simplex mandatarius. Insuper cum quælibet societas scopum certum et determinatum habeat, cui assequendo incumbere debet administrator, exinde dignosci potest quid possit, quid debeat. Hæc principia generalia nobis sufficiant : qui plura velit, adeat jurisperitos; TROPLONG, n° 681 et seq.; DELANGLE, n° 127 et seq.

3°. Si pluribus sociis commissa fuerit societatis administratio, nec determinatæ fuerint cujuslibet functiones, nec statutum ut alter sine altero agere non possit, quilibet potest separatim elicere omnes actus hujus administrationis; art. 1857. Si vero statutum fuerit ut unus non possit agere sine altero, non poterit reipsa agere, etiamsi alter hic et nunc versaretur in impossibilitate concurrenti ad actus administrationis; art. 1858. Nihilominus casum urgentiæ excipiunt DELVINCOURT, *Notes*, p. 225; DURANTON, n° 438; DUVERGIER, n° 303; DELANGLE, n° 178; quibus tamen non assentitur TROPLONG, n° 707: unde concludimus id saltem caute sumendum.

885. II. *Si nulla specialis conventio inita fuerit*, hæc per legem statuuntur. 1°. Censentur socii sibi invicem concessisse facultatem ut administret alter pro altero : quod præstat quilibet, valet pro aliis, etiam non expetito eorum

consensu; salvo tamen jure quod singulis competit sese opponendi negotio nondum perfecto; art. 1859.

2°. Quilibet potest uti rebus societatis, modo eas adhibeat ad usum ex consuetudine determinatum, nec contra bonum societatis, aut eo modo quo cæteri socii impedian- tur uti jure suo; art. 1859.

3°. Quilibet socius potest pariter alios obligare ad faciendas expensas necessarias pro conservatione rerum societatis; *ibid.*

4°. Non potest unus e sociis aliquid innovare circa im- mobilia quæ pendent a societate, etiamsi contendat id utile fore societati, nisi consentiant alii socii; *ibid.*

Illæ regulæ e jure Romano et e veteri jurisprudentia desumptæ non effugerunt quorundam reprehensionem: sed alii jurisperiti eas vindicarunt, simul et fuse explica- runt. Vid. TROP LONG, n° 711 et seq.

5°. Socius qui non est administrator non potest alienare, vel oppignerare bona, etiam mobilia, quæ pendent a so- cietate; art. 1860.

886. V°. *De SOCIIS ADJUNCTIS.* Quilibet socius potest, sine aliorum consensu, sibi adjungere socium pro parte quam habet in societate: sed non potest, sine eo con- sensu, eum adjungere societati, etiamsi ejus administra- tionem habeat; art. 1861. Novus ille socius vocatur ab auctoribus *Croupier*, quia, inquit TROP LONG, n° 755, « Il « chevauche sur son partner et ne se distingue pas de lui. » Advertendum est eum non pertinere ad primævam socie- tatem, sed efformare novam societatem cum eo qui illum adjungit: ut dicitur in jure Romano: « Quid si socius « meus eum admisit? Ei soli socius est; nam socii mei « socius, meus socius non est. » Duæ ergo sunt societates, e quibus exsurgunt obligationes separatæ: neque ad unam extendendæ erunt obligationes alterius. *Ibid.*, n° 756, 758. Attamen socius tenebitur erga societatem de facto

eius quem sibi adjunxit; sed societas jus directum erga istum non habebit: pariter socius tenebitur erga eum quem sibi adjunxit de factis societatis; sed iste erga societatem jus directum non habebit. Vid. POTHIER, n<sup>ls</sup> 93, 94; TROPLONG, n<sup>o</sup> 759 et seq.

§. 2. *De obligationibus sociorum erga extraneos*  
(les tiers).

887. Triplicem hypothesim distinguit TROPLONG, n<sup>o</sup> 771: vel unus e sociis contraxit proprio et privato nomine; vel contraxit sub nomine sociali; vel demum omnes socii simul contraxerunt privato suo nomine.

I<sup>o</sup>. *Quando unus e sociis contraxit proprio et privato nomine*, seipsum solum obligat; nec obligantur alii socii erga tertium qui cum eo contraxit et fidem ejus secutus est. Etenim cum socius propria et ipse negotia gerere possit, quæ a negotiis societatis distingui debent, nulla est ratio cur in nostro casu societas obligetur. Nec sufficit ut pecunia in lucrum societatis versa fuerit; quando enim aliquis pecuniam proprio nomine accepit, erga eum solum actionem habet mutuans, ad quemcumque usum adhibita deinceps fuerit pecunia: ut ait Cujacius, « Non quærimus « in credita pecunia ad quem ea pecunia pervenerit, sed « quis eam pecuniam rogavit, quis contraxit, ut hic solus « obligetur. » Societas est hic penitus extranea erga mutantem, qui proinde erga eam recursum directum non habebit, sed poterit tantum contra eam agere nomine sui debitoris, ad sensum articuli 1166. Hæc fuse adstruit TROPLONG, n<sup>o</sup> 772-779. Deinde ostendit idem dicendum esse, quando agitur de societate quæ vocatur *en Participation*; qui enim negotium gerit, agit nomine proprio, non vero nomine eorum qui sunt tantum in lucro vel damno participes. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 780-802. Quoad societatem vero *en Commandite*, idem dicetur si actui subscriptio data

non fuerit nomine sociali, sed nomine privato : si vero nomine sociali, quæstio solvetur ex modo dicendis circa secundam hypothesim. *Ibid.*, n<sup>is</sup> 803, 804.

888. II°. *Quando UNUS e sociis contraxit sub NOMINE SOCIALI*, illud non sufficit ut obligetur societas ; alioquin posset socius per suam temeritatem aut malam fidem societati gravissimum damnum inferre. Requiritur insuper ut vel ille socius acceperit facultatem agendi nomine sociali, vel res in lucrum societatis versa fuerit ; art. 1864. Tria ergo attendi debent. 1°. An socius egerit nomine societatis. Censetur autem egisse, quando vel expressum fuit nomen sociale, vel ex facti circumstantiis, aut ex subjecta materia argui potest eum ita egisse. *Ibid.*, n° 806 : in eo sensu intelligi debet art. 22 codicis Commericii. 2°. An socius facultatem acceperit agendi nomine societatis : qui cum eo contrahit, illud inquirere debet ; alioquin sibi imputet quod societatem sibi obligatam non habeat. *Ibid.*, n° 805. Ut collata censeatur ea facultas, mandatum speciale exigit DURANTON, n<sup>is</sup> 447, 448. Sed quando non agitur nisi de actu administrationis, sufficere videtur mandatum generale quod confertur ex art. 1859 ; TROP-LONG, n° 807. Si vero non agatur de mera administratione, in societatibus civilibus requiretur mandatum speciale. In societatibus vero commercialibus *nomine colectivo*, censebitur adesse mandatum, eo ipso quod adhibebitur nomen sociale ; nihil enim ultra exigit art. 22 codicis Commericii : dummodo tamen actus non aperte excedat fines societatis, nec aliud conventum fuerit in societatis efformatione. *Ibid.*, n° 808-812. — 3°. Demum an summa credita conversa fuerit in lucrum societatis. Non sufficit, ex antea dictis, hæc conversio, si actus initus non fuerit nomine societatis ; non requiritur, si socius ex mandato, et nomine societatis egerit : si autem egerit nomine societatis, sed sine mandato, tunc sufficit illa conversio,

et conceditur creditori actio quæ dicitur *de In rem verso*. *Ibid.*, n° 813-816.

889. Sed quousque obligantur socii? — Distinguendum est inter varias societatis species.

1°. In *societatibus civilibus*, socii non tenentur in solidum erga tertium; art. 1862. Sed debitum inter eos ex æquo dividitur, etiamsi diversam partem in societate habuerint; nisi aliud statutum fuerit in ipso societatis actu; art. 1863: censetur, extra hunc casum, creditor ignorare quænam fuerint variæ sociorum partes in societate. Excipiendus est etiam casus quo creditori competit actio *de In rem verso*: cum enim tunc obligatio sociorum oriatur ex eo principio quod *Nemo ditescere debet cum damno alieno*, et quilibet socius lucrum eduxerit secundum partem quam habet in societate, tenetur erga creditorem in eadem portione. *Ibid.*, n° 818-821; DURANTON, n° 448; DUVERGIER, n° 401.

2°. In *societatibus commercialibus*, aliud generatim statuitur: socii obligantur in solidum, quando non sufficiunt bona ipsiusmet societatis. Ita pro societatibus collectivis art. 22 codicis Commerçii. Sed satis patet ex antea dictis non dari hanc solidaritatem in societatibus anonymis, vel in iis quæ dicuntur *en Participation*; item nec in societatibus *en Commandite*, in quibus pariter socius qui se administrationi non immiscuit non tenetur ultra partem a se collatam: art. 26, 32, 33 codicis Commerçii; TROPLONG, n° 826-828. Hæc fusius exponit DELAMARRE, *Contr. de commission*, t. II, n° 239-252, ubi quosdam casus peculiares expendit de quibus nec concordant auctores, nec satis constans est jurisprudentia.

890. Sed quæstio est, utrum actio creditorum sic limitata habenda sit erga socios tanquam directa, an vero tanquam obliqua tantum, id est, nonnisi nomine et loco administratoris exercenda? — In varias sententias abeunt



jurisperiti et tribunalia. Pro actione directa stat TROP-  
LONG : quando enim administrator agit nomine sociali,  
non seipsum tantum obligat, sed et socios, ad sensum  
articuli 1864. Quamdiu stat societas, satis quidem est ut  
creditor administratorem adeat : sed ea dissoluta, adire  
potest singulos socios, a quibus alioquin satis facile jure  
suo frustraretur per collusionem cum administratore ;  
n° 828-845.

891. III°. Quando OMNES SOCII contraxerunt privato  
suo nomine, omnes profecto obligantur, sed loquendo ge-  
neratim non in solidum : creditor qui cum pluribus con-  
traxit, ignorare non debuit quemlibet non teneri nisi pro  
sua parte virili. Aliud tamen statuitur pro societatibus  
commercialibus, ita exigente natura commercii. Id dedu-  
citur ex art. 1862, et ex art. 22 codicis Commericii.  
Vid. TROP LONG, n° 847-856.

892. Duo adhuc observanda supersunt.

I. De concursu creditorum societatis cum creditoribus  
singulorum sociorum. 1°. In societatibus *commercialibus*,  
dubium non est quin creditores societatis antepoen-  
dendi sint creditoribus sociorum : bona enim istorum non intelligun-  
tur nisi quæ eis supersunt e societate ; unde ipsorum cre-  
ditores jus non habent nisi in ea quæ ad debitorem suum  
devolvuntur post dissolutam societatem. *Ibid.*, n° 858. Si  
tamen socius ad societatem conferret bonum immobile hy-  
potheca gravatum, creditor hypothecarius jus in illud ha-  
beret præ creditoribus societatis ; *ibid.*, n° 861. — 2°. In  
societatibus *en participation*, cum nec adsit corpus morale  
distinctum a sociis, neque patrimonium inter socios com-  
mune, dari nequeunt creditores qui cæteris præferri de-  
beant quasi creditores societatis ; n° 864. — 3°. Demum  
in societatibus *civilibus*, quemadmodum in commercialibus,  
antepoen-  
dendi sunt creditores societatis : « Omne æs alie-  
num quod, manente societate, contractum est, de com-

« muni solvendum est, » ut dicitur l. 27 , ff., xvii, ii, *Pro socio. Ibid.*, n° 865.

893. II. *De juribus sociorum* erga extraneos nihil peculiare statuitur in jure. Sed ex principiis generalibus, cum societas efformet corpus morale, qui cum ea contraxerunt debitores sunt societatis, non vero singulorum sociorum : debent ergo solvere, modo eis occurrat qui societatem legaliter repræsentet, juxta ea quæ diximus ubi *de Administratione societatis* ; sicque solvendo vel administratori, vel uni e sociis in sensu articuli 1859, omnino liberantur erga societatem : quod tamen intelligendum, modo societas non sit jam dissoluta. *Ibid.*, n° 866, 867.

#### ART. 4. *De dissolutione societatis.*

894. Quinque dissolutionis causæ assignantur in codice Civili, art. 1865 : de iis sigillatim dicemus.

I. *Per lapsum temporis assignati.* Quando elapsum est tempus pro quo inita est societas, hæc statim pleno jure dissolvitur ; quia dispositio facta pro certo tempore ultra illud non extenditur : illudque verum est, licet negotia nondum sint perfecta ; nisi ex circumstantiis constet limitationem non fuisse in mente contrahentium absolutam : TROPLONG, n° 870-872. Si velint socii protrahere societatem ultra tempus assignatum, requiritur unanimitas sociorum ; alioquin societas diversa efformaretur. *Ibid.*, n° 912. Insuper illa prorogatio probari nequit nisi iisdem formis quibus probatur ipse contractus societatis ; art. 1866 : id est, applicari debent quæ statuuntur art. 1834 ; sed etiamsi societas inita fuisset per actum authenticum, non ideo similem actum exigeret prorogatio. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 232 ; DURANTON, n° 462 ; DUVERGIER, n° 416 ; TROPLONG, n° 914. De societatibus commercii, vid. art. 46 codicis Commercii.

895. II. *Per extinctionem rei*, vel consummationem ne-

gotii. Facile intelligitur consummato negotio, cessare societatem pro illo gerendo susceptam. Concipitur etiam extincto objecto societatis, non posse societatem subsistere. Attamen contradicere videtur art. 1867, in cujus ultima parte statuitur non dissolvi societatem per interitum rei cujus dominium jam fuit in societatem collatum. Ut hi duo articuli concilientur, simulquæ accurate intelligatur art. 1867, quem ut valde obscurum redarguunt plerique interpretes, sed quem omnino elucidasse nobis videtur TROPLONG, varii casus sunt ab invicem distinguendi.

1°. Si unus e sociis *promiserit* se collaturum in societatem dominium alicujus rei, et nondum contulerit, hujus rei interitu dissolvitur societas erga omnes socios. Ratio est, quia ubi unus e sociis non potest conferre suam partem, jam tollitur æqualitas, nec proinde alii erga ipsum obligari possunt. Porro hæc est hypothesis de qua statuit prima pars articuli 1867 : ibi agitur de re tantum promissa in futurum, et nondum collata. Illud fuse adstruit Troplong, sive ex ipsis verbis, sive ex discussionibus quæ articulum illum præcesserunt, sive ex oppositione inter primam et ultimam partem articuli : n° 927-935, 942. Facile intelligetur illa hypothesis, si supponatur, v. g., agi de re quæ nondum est penes promittentem, sed quam emere vel alio modo obtinere sibi proponit.

2°. Si *mera fruitio* in societatem collata sit, dominio penes socium retento, societas pariter dissolvitur interitu rei, sive ante collationem accadat, sive postea. Ratio est, quia cum socius ille usum præstare teneatur, nec jam possit, tollitur pariter æqualitas, et deest objectum essenziale societatis. Sed observandum est hanc decisionem non applicari rebus quæ ex antea dictis (n° 874 et seq.) pereunt societati juxta art. 1851. *Ibid.*, n° 943-946.

3°. Demum si *rei dominium jam in societatem collatum sit*, rursus distinguendum est. 1. Si res quæ interiit esset

unicum societatis objectum, evidens est dissolvi societatem, quæ non potest sine objecto suo substantiali perseverare. 2. Si sit, non quidem unicum objectum, sed tanti momenti ut, eo sublato, jam censi nequeant alii socii voluisse efformare societatem, apertum est etiam dissolvi societatem. 3. Extra hos casus, non dissolvitur societas. Etenim ex una parte, res in dominium societatis collata perit societati; ex altera, superest sufficiens societatis objectum: nulla est igitur ratio cur dissolvatur societas. Et talis est sensus ultimæ partis articuli 1867; quæ ut accurata foret, dici debuisset tantum *feri posse* ut societas non dissolvatur. *Ibid.*, n° 927-935.

896. III. *Per mortem unius e sociis.* In jure Romano non solum dissolvebatur societas per mortem unius e sociis, sed non licebat pacisci ut protraheretur ad defuncti hæredem. Hæc prohibitio duplici ratione nitebatur: primum quidem quia societas censetur inita intuitu personæ; deinde ne restringeretur facultas testandi: si enim Titius cum Lucio inierit societatem protrahendam ad Caium Lucii hæredem, jam Lucius testari nequit in favorem alterius; si vero societas protrahi debeat ad successorem Lucii quicumque sit, irrita est alio titulo, utpote inita cum persona incerta: excipiebatur ab ea prohibitione societas publicanorum, seu inita pro colligendis vectigalibus. Sed in jure nostro non admittebatur hæc prohibitio, quam ut meræ subtilitati innixam rejicit POTHIER, n° 145. Hodie vero ex art. 1868 pacisci licet de societate cum hærede protrahenda. Imo sunt quædam societates quæ ex natura sua, et absque speciali pacto, non dissolvuntur per mortem unius socii, cujus vicem statim accipit hæres. Tales sunt societates anonymæ, et illæ quarum *actiones*, ut dicitur, possunt ab uno ad alium transferri: sunt enim efformatæ non respectu personarum, sed respectu negotii,

seu summarum pecuniæ. Vid. TROPLONG, n° 879-889, et n° 952-956.

Possunt etiam socii pacisci ut societas, uno defuncto, protrahatur inter superstitēs : tunc hæres defuncti jus habet ad partem quam iste habebat in societate, ratione habita status societatis tempore mortis; sed partem non habet in juribus subsecutis, nisi sint consecrarium necessarium negotii ante mortem suscepti; art. 1868.

Quid vero, si nihil reservaretur hæredi, sed pactum fuisset ut pars defuncti accresceret cæteris sociis superstitibus? — De illo pacto judicandum erit secundum naturam quæ in eo agnoscetur. Si habeatur ut donatio, dicendum erit irritum, quando hæres per illud privatur sua reservatione; item, quando fit inter personas inhabiles ad sibi invicem donandum : extra hos casus autem validum, in sententia quæ tenet valere donationem simulatam, seu occultatam sub specie alterius contractus (vid. n° 169). Non valeret etiam, si haberetur ut substitutio. Sed dici posse videtur esse contractum commutativum simul et aleatorium, prout jam antea vidimus (n° 629).

897. IV. *Per mortem civilem, interdictionem, aut decoctionem (la déconfiture)* unius e sociis. In his omnibus casibus ita mutatur socii illius status, ut censeri non possit societas pro his inita. In casu decoctionis, possunt cæteri socii, si velint, societatem non dissolvere, modo tunc patiantur incommoda interventus creditorum decoctoris. Illud saltem propugnat PARDESSUS, n° 1066, quem sequitur TROPLONG, n<sup>is</sup> 906, 907, sed cui contradicit DELANGLE, t. II, n° 661.

Si non unius socii, sed ipsius societatis decoctio fiat, luce clarius est, inquit TROPLONG, n° 937, ipsam dissolvi, cum jam nec possit agere, nec capitale salvum habeat : poterunt tamen prisci administratores cum creditoribus



pacisci, non jam ut administratores, sed, ut dicitur, *comme Liquidateurs*.

898. V. *Per voluntatem unius e sociis*. Ita statutum fuit propter incommoda oritura ex societate quæ perseveraret inter invitos : DELVINCOURT, *Notes*, p. 234 ; PARDESSUS, n° 1063 ; TROPLONG, n° 966.

Sed ea facultas non conceditur, nisi positis quibusdam conditionibus. 1°. Ut societas inita fuerit pro tempore illimitato, id est, dum vivunt socii ; art. 1869 : si inita fuerit pro tempore limitato, expectandum est donec elapsus fuerit. Docet DURANTON, n° 392, posse semper post quinquennium postulari dissolutionem juxta art. 815. Sed alii id omnino rejiciunt ; DUVERGIER, n° 415 ; TROPLONG, n° 968 : quæ statuuntur pro communitate, applicari non debent societati. Si societas inita sit pro tempore quo durabit quædam operatio, non est illimitata, nec proinde ad nutum unius dissolvi potest : ita contra DURANTON, n° 476, docent DUVERGIER, n° 453, TROPLONG, n° 970, et DELANGLE, n° 666. Cæterum hæc omnia intelliguntur de dissolutione sine causa, ut modo dicemus. 2°. Requiritur ut petitio fiat bona fide ; art. 1869 : censetur autem non esse bonæ fidei socius qui vult sibi soli vindicare lucrum quod omnes in communi intendebant ; art. 1870 : tunc petitio est irrita, et illa nullitas, inquit TROPLONG, n° 975, est relativa ; id est, qui postulat dissolutionem, socios a se, non se a sociis liberat. 3°. Requiritur ut petitio fiat tempore opportuno ; art. 1869 : censetur autem non ita fieri, quando res non sunt integræ, et interest societatis ut non statim dissolvatur ; art. 1870 : v. g., quia jam impensæ factæ sunt, quæ per dissolutionem inutiles fient. 4°. Requiritur ut petitio innotescat omnibus sociis ; art. 1869. Si vel uni non innotescat, perdurat societas istius non solum erga renuntiantem, sed erga omnes alios : melior esse debet conditio illius cui non innotuit petitio, quam aliorum,

qui, antequam societatem ut dissolutam haberent, potuerunt expendere an omnibus innotuisset renuntiatio. Ita DELVINCOURT, *Notes*, p. 235; DURANTON, n° 477; DUVERGIER, n° 458; TROP LONG, n° 982. Hic autem, pariter renuntians liberat socios a se, sed non se ab iis liberat. Ita iidem auctores.

899. VI. Tandem etiam in societatibus limitatis, potest dissolutio postulari ab uno e sociis, *quando adest justa causa*, v. g., inexecutio obligationum ex parte alterius socii, illius inhabilitas ad negotia societatis, et alia similia secundum arbitrium iudicis; art. 1871. Iste casus differt a præcedenti, in eo quod requiratur ratio: sed multiplex hujusmodi ratio dari potest; quæ in articulo enumerantur, nonnisi exempli gratia indicantur. Observare sufficiat 1°. non posse dissolutionem societatis postulari ab eo qui posuit causam ex qua dissolveretur: qui enim culpam admisit, non potest exinde contra alios arguere. 2°. Eum qui fit causa dissolutionis, teneri, vel non teneri ad compensationem damnorum, prout est, vel non, causa voluntaria, juxta principia pluries exposita.

900. Quocumque modo dissolvatur societas, jam ipso facto exstinguitur corpus illud morale, seu persona civilis: supersunt tantum *communistæ*, seu qui fundum societatis in indiviso possident inter se dividendum. Ut illa divisio fiat, statuit art. 1872 standum esse regulis præscriptis quoad partitionem inter cohæredes. Sed plerumque, antequam ad partitionem deveniatur, multa adhuc præstanda sunt: quia finitur quidem societas, ut ait quidam jurisperitus, sed non obligatio societatis; seu, ut ait alter, societatis effectus durat, extincta societate, donec pertinentia sint exacta, id est, donec negotia incepta, si qua sint, perfecta fuerint, donec constet de statu debitorum societatis, etc. Ex rei natura, hæc præstanda essent ab omnibus sociis, cum omnium intersint. Sed non raro graves

timendæ forent inter socios dissensiones; et insuper si servandæ essent omnes formæ quæ inter cohæredes præscribuntur, non paucis damnis interim exponerentur societates, præsertim commerciales, in quibus velociter et cito procedendum est. Hinc orta in istis societatibus consuetudo, quam tamen ut facultativam agnoscunt jurisperiti, designandi unum aut plures mandatarios, gallice *liquidateurs*, qui ea omnia præstent quibus societatis negotia ad plenum exitum deducantur : optandum est ut vel ab initio societatis determinetur modus faciendi hanc designationem; quæ alioquin ex principiorum rigore fieri nequit nisi ex consensu sociorum unanimi, qui aliquando difficile obtineri potest. Cum ille mandatarius nomine omnium agat, hinc quodam sensu adhuc stat societas, seu, ut dicere solent negotiatores, *La société ne subsiste plus que pour la liquidation*. Potest ille quidquid requiritur ut compleat negotium sibi commissum, sed nihil amplius. Ut mandatarius societatis potest contra ipsos socios agere, si isti omnibus suis erga societatem obligationibus non satisfecerint : sed vicissim eum adire possunt quicumque jura aliqua habebant erga societatem. Isti non ideo excidunt e jure agendi directe contra socios aut eorum causam habentes, ac proinde habent duplicem actionem, sed cum hoc discrimine : eorum actio contra alios socios, et eorum viduas aut hæredes, intra quinque annos præscribitur, ex art. 64 codicis Commericii; sed actio contra ipsum mandatarium nonnisi intra triginta annos, juxta terminos juris communis. Hæc omnia evolvit TROPLONG, n° 966 et seq. Vid. etiam FREMERY, c. XII, p. 67 et seq. Observat TROPLONG, n° 1050, hæc ex consuetudine inducta esse quoad societates commerciales tantum : aptari tamen posse societatibus civilibus per conventiones speciales; quibus deficientibus, applicatur art. 1872, jam allatus.

Quando omnia præstitit mandatarius quæ ad officium

suum spectant (*la liquidation terminée*), proceditur ad divisionem inter socios. Hæc non est translativa proprietatis, sed declarativa. Hinc res quæ ad quemlibet devolvitur censetur fuisse sub ejus dominio ab initio societatis. Ita omnes jurisperiti contra DEVERGIER, qui contendit, n° 478, effectum retroactivum non esse repetendum ab initio societatis, sed a dissolutione tantum: sed ipsum fuse refellit TROPLONG, n° 1066. Hinc sequuntur consecutaria satis gravis momenti quoad hypothecas, vel alia onera quæ potuerunt rei adnecti: cum enim res censeatur ab initio societatis pertinuisse ad eum ad quem nunc devolvitur, non potuit per factum aliorum hypotheca gravari; subjicitur tamen hypothecis quas acquirere potuerunt creditores societatis, quia censentur acquisivisse a singulis sociis. Vid. DELVINCOURT, *Notes*, p. 236, 237; TROPLONG, n° 1064, 1065; DELANGLE, n° 707.

Cæterum agnoscunt jurisperiti inter regulas præscriptas pro partitione inter cohæredes, quasdam esse quæ non applicantur partitioni inter socios. Tales sunt illæ quæ statuuntur art. 815, 819, 882. Vid. TROPLONG, n° 1057 et seq. De quibusdam movetur controversia; v. g., de art. 841, qui respicit retractum quem vocant *Successoral*: hunc in societate admittunt DELVINCOURT, *Notes*, p. 236, et PARDESSUS, n° 1085, p. 413: rejiciunt vero DURANTON, n° 443, DEVERGIER, n° 474, quos sequuntur TROPLONG, n° 1059, et DELANGLE, n° 713; et satis merito, ut videtur: non enim militant in societate eædem rationes quæ retractum illum induxerunt ubi agitur de hæreditate, utilitas nempe familiarum.

# INDEX ANALYTICUS

## TOMI SECUNDI.

### PARS II. DE CONTRACTIBUS IN SPECIE.

Numeris.	Pag.
471. De præcipuis tantum contractibus agendum : quoniam ordo inter eos servandus.....	1
CAP. I. DE PROMISSIONE.	
472. Est gratuita vel onerosa , secundum naturam contractus ad quem refertur.....	2
ART. 1. <i>De promissione gratuita.</i>	
473. Quid sit : quomodo differat a proposito, a donatione.....	3
474. I. Utrum et quatenus obliget in conscientia. 1. Spectata ipsius natura, obligat saltem ex fidelitate..	4
475. Imo et ex justitia.....	5
476. Hinc 1. sub eo respectu obligat sub peccato ex genere suo mortali.....	6
Hinc 2. qui deest promissioni debet reparare damnum emergens.....	<i>ibid.</i>
477. II. <i>De facto</i> , sæpe promissiones nullam obligationem inducunt; sæpius obligant tantum ex fidelitate.....	7
478. Aliquando tamen obligant ex justitia.....	8
479. Quid, si non constet quatenus voluerit promittens se obligare?.....	<i>ibid.</i>
480. An obligatio promissionis transmittatur ad hæredes?.....	9
481. II. Quomodo cessare possit promissionis obligatio. <i>ibid.</i>	
ART. 2. <i>De promissione onerosa.</i>	
482. Agimus de promissione venditionis; quoduplex sit.	11
483. I. De promissione venditionis unilateralis. Olim va-	



- lida erat; item hodie : sed non æquivalet venditioni. . . . . 11
484. II. De promissione venditionis *bilaterali*. Ex jure novo, æquivalet venditioni : quo sensu? . . . . . 13
485. III. De venditionis promissione *cum arrhis* : est in suspenso. Quid vero, si addantur arrhæ venditioni jam perfectæ? . . . . . 15

CAP. II. DE DONATIONE, SIVE INTER VIVOS,  
SIVE PER TESTAMENTUM.

486. De utroque illo disponendi modo simul agemus cum codice Civili. . . . . 17
487. I. DONATIO INTER VIVOS *definitur*. 1°. Est *contractus*. . . . . 18
488. 2°. Necesse est ut donator *actualiter* transferat dominium. . . . . 19
489. 3°. Item et *irrevocabiliter*. Hinc plura consectaria :  
1. de conditione potestativa ex parte donatoris. 21  
2. De onere solvendi debita nondum existentia . . . *ibid.*  
Quatenus donatarius teneatur generatim ad solvenda donatoris debita? . . . . . 22
490. 4°. Demum *gratuito* : quid illud includat . . . . . 26
491. 5°. Transfert dominium ; nec valet de re aliena . . . *ibid.*
492. II. TESTAMENTUM *definitur*. 1°. Est *actus*, non *conventio* . . . . . 27
- 2°. *Revocabilis* : hinc non valent clausulæ derogatoriæ, quæ olim erant in usu . . . . . 28
- 3°. Sufficit et requiritur ut testator *disponat*. . . . . *ibid.*  
Quid de legato commisso voluntati alterius? . . . . . 29
493. III. De DONATIONE IN CAUSA MORTIS. Quid sit, et quomodo differat a donatione inter vivos, et a testamento. . . . . 30
494. Quid de ea ex *jure Romano*, et ex *jure Gallico veteri*. . . . . 32  
Quid statuerit edictum anni 1731 . . . . . 33
495. Sub *jure novo*, scinduntur jurisperiti . . . . . 35  
Quid ea de re intersit in praxi : quid tenendum? . 37

Núm.	Pág.
496. Quis ordo in hoc capite sequendus. . . . .	38
ART. 1. <i>De capacitate donandi et accipiendi.</i>	
497. Undenam repetenda facultas donandi: <i>inter vivos</i> , repetenda ex jure naturali. . . . .	38
Quoad <i>testamentum</i> , multi repetunt ex jure civili. . . . .	39
Alii ex ipso jure naturali. . . . .	40
Alii quasi viam mediam tenent. . . . .	41
498. An tanti momenti sit quæstio: quid de ea tenen- dum videatur. . . . .	42
499. Quotuplex ex jure distinguatur inhabilitas donandi vel recipiendi. . . . .	43

§. 1. *De inhabilitate ad donandum.*

500. I. De <i>minoribus</i> . 1°. Ante annum ætatis xvi. . . . .	44
502. 2°. Post annum ætatis xvi. . . . .	45
503. Quæ statuuntur de minoribus non pendent ab eman- cipatione. . . . .	46
504. II. De <i>uxoribus</i> . Possunt disponere per testamen- tum; non vero per donationem inter vivos, sine consensu mariti, vel auctoritate judicis. . . . .	<i>ibid.</i>
505. III. De <i>interdictis</i> . Hic applicantur quæ dicta sunt in prima parte. . . . .	47
506. Ea occasione, agitur 1°. de <i>captatione</i> et <i>sugges- tione</i> . . . . .	<i>ibid.</i>
507. 2°. De dispositionibus <i>ab irato</i> . . . . .	48
508. IV. De <i>bonorum cessoribus</i> . Remissive. . . . .	49
509. V. De <i>monialibus</i> . De decreto 18 februarii 1809; de lege 24 maii 1825. . . . .	<i>ibid.</i>
An lex posterior sustulerit inhabilitatem donandi per decretum prius sancitam quoad moniales, quæ dicuntur <i>Hospitalières</i> ? . . . . .	50

§. 2. *De inhabilitate ad recipiendum.*

510. Inhabilitas est vel absoluta, vel relativa. . . . .	50
511. I. De inhabilitate <i>absoluta</i> . 1°. Absolute inhabilis est qui <i>nondum conceptus</i> est. . . . .	51

Num.		Pag.
	Quid de institutis utilitatis publicæ nondum existentibus?.....	52
512.	2°. De <i>extraneis</i> . Olim statuta fuerat inhabilitas, quæ hodie non subsistit.....	<i>ibid.</i>
513.	II. De inhabilitate <i>relativa</i> ad recipiendum : 1. <i>tutoris</i> erga minorem.....	53
514.	Prohibetur omne pactum inter tutorem et minorem, donec reddita fuerit tutelæ ratio.....	54
515.	Quid de hæredibus tutoris?.....	55
516.	Quænam vis hujus nullitatis in conscientia.....	<i>ibid.</i>
517.	2. <i>Medicorum</i> , <i>ministrorum cultus</i> , etc., qui in ultimo morbo operam præbuerunt.....	56
	Qualem operam præbuisse debeant?.....	57
	Quænam exceptiones? Quid de medico curam præbente suæ conjugii?.....	59
518.	In conscientia idem dicendum ac de casu tutoris erga minorem.....	60
519.	3. <i>Filiorum illegitimorum</i> erga parentes.....	<i>ibid.</i>
520.	Legislator in ea inhabilitate respexit ad bonos mores.....	61
521.	An restringenda sit ad eos qui legaliter agnoscuntur ut illegitimi?.....	62
522.	4. De <i>concubinis</i> . Olim erant inhabiles : Quid hodie dicendum?.....	63
523.	5. De donationibus quæ fiunt <i>xenodochiis</i> , <i>institutis utilitatis publicæ</i> , etc. Vim non habent nisi a Gubernio approbatæ.....	65
	Quænam sint hujus prohibitionis motiva?.....	66
524.	Prohibitio non respicit nisi dispositiones <i>titulo gratuito</i> : quid, si fiat legatum, ut celebrentur <i>missæ</i> ?.....	67
525.	Prohibitio non respicit donationes <i>manuales</i> .....	68
	De donationibus <i>titulo particulari</i> , item de <i>indirectis</i> seu <i>accessoriis</i> .....	69
526.	An dispositiones <i>de personis interpositis</i> hic debeant applicari?.....	70

Num.		Pag.
	Quid, si agatur de communitate non approbata?.	71

ART. 2. *De parte bonorum quæ dari potest.*

527.	Cur coarctetur per legem facultas de propriis bonis disponendi.....	72
------	---------------------------------------------------------------------	----

§. 1. *De reservatione per legem determinata.*

528.	Determinatur secundum hæredum qualitatem....	73
------	----------------------------------------------	----

529.	I. Si supersint <i>solii collaterales</i> , nulla est reservatio.....	<i>ibid.</i>
------	-----------------------------------------------------------------------	--------------

530.	II. Si supersint <i>ascendentes</i> , non vero descendentes, reservatur aliquando dimidia pars, aliquando quarta tantum.....	74
------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

531.	III. Si supersint <i>descendentes</i> , pro numero filiorum varia est reservatio.....	76
------	---------------------------------------------------------------------------------------	----

532.	An ratio habeatur filiarum existentium, an vero tantum acceptantium?.....	77
------	---------------------------------------------------------------------------	----

	An filius qui renuntiat, jus habeat nihilominus ad reservationem?.....	78
--	------------------------------------------------------------------------	----

533.	De vi hujus legis in conscientia.....	80
------	---------------------------------------	----

	Cur nulla statuta fuerit reservatio in gratiam <i>conjugis superstitis</i> ?.....	<i>ibid.</i>
--	-----------------------------------------------------------------------------------	--------------

§. 2. *De donationum reductione.*

534.	Reductio fit donationum quæ excedunt portionem disponibilem.....	81
------	------------------------------------------------------------------	----

535.	I. A <i>quibusnam</i> postulari possit reductio.....	82
------	------------------------------------------------------	----

536.	II. <i>Quomodo</i> fieri debeat reductio.....	83
------	-----------------------------------------------	----

537.	III. De <i>effectibus</i> reductionis : 1°. quoad bona ; 2°. quoad fructus.....	85
------	---------------------------------------------------------------------------------	----

538.	Donatarius non restituit fructus perceptos ante obitum donatoris.....	86
------	-----------------------------------------------------------------------	----

	Ille qui jam dedit portionem disponibilem, potest nihilominus fructus seu redditus dare extraneo..	87
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

	Si agatur de donatione facta uni e filiis, non ita constat.....	88
--	-----------------------------------------------------------------	----

	Dicendum videtur hoc fieri posse, cum quibusdam tamen restrictionibus.....	89
--	----------------------------------------------------------------------------	----

ART. 3. *De forma in dando servanda.*§. 1. *De forma servanda in donationibus inter vivos.*

Num.	Pag.
540. Cur plura in donatione requirantur, quam in cæteris contractibus.....	90

## PUNCT. 1. Quænam præscribantur ad formam donationis generatim spectatæ.

541. Quatuor præscribuntur. I. De <i>interventu notarii</i> : nova lex an. 1843 de notario <i>en second</i> .....	91
542. II. De <i>acceptatione</i> donatarii, nempe solemni....	92
1. <i>Quomodo</i> fieri debeat. Debet esse 1°. expressa ; 2°. per actum authenticum.....	93
3°. Requiritur ut innotuerit donatori : quo sensu, non constat.....	94
Quid inter varias opiniones tenendum?.....	95
543. II. <i>A quo</i> fieri debeat acceptatio : 1°. Si donatarius sit major ; 2°. Surdus et mutus.....	97
544. 3°. De uxore ; jam antea dictum.....	<i>ibid.</i>
545. 4°. De minore. Tutor indiget concursu concilii fa- milix.....	<i>ibid.</i>
546. Quid, si donatio fiat a tutore vel curatore?.....	98
547. Quatenus acceptatio fieri possit ab ascendentibus..	99
548. 5°. Quomodo acceptentur donationes factæ hos- pitiis, et institutis utilitatis publicæ?.....	101
549. III. <i>Quandonam</i> fieri debeat acceptatio.....	103
550. III. De <i>indice æstimatorio</i> , quando agitur de bonis mobilibus.....	<i>ibid.</i>
551. IV. De <i>transcriptione</i> . Cur in jure Romano, et olim apud nos præscripta <i>insinuatio</i> .....	105
Legum series sub jure novo : circa necessitatem transcriptionis dissentiunt jurisperiti.....	107
Quid tenendum : defectus transcriptionis opponi potest a creditoribus donatoris.....	109
An ab aliis, et a quibusham?.....	110

## PUNCT. 2. Utrum omnes omnino donationes subjiciantur formis modo expositis.

552. De quatuor speciebus movetur quæstio.....	111
------------------------------------------------	-----



Num.

Pag.

553. I. De donationibus <i>manualibus</i> . Certa est earum validitas.....	112
554. Quousque extendatur decisio. I. De bonis mobilibus <i>incorporeis</i> .....	114
555. II. De donatione <i>conditionata</i> . 1°. Si sit <i>irrevocabi-</i> <i>lis</i> , valida est.....	117
2°. Si sit <i>revocabilis</i> , major est difficultas : videtur tamen etiam valida.....	120
556. III. Qualis <i>traditio</i> requiratur. 1°. Si res sit jam in possessione donatarii.....	121
2°. Si donator rem tradat <i>mandatario</i> , videtur opus esse distinctione.....	122
557. II. De donationibus <i>indirectis</i> , id est, vel simulatis, vel accessoriis.....	125
558. III. De donationibus <i>remuneratoriis</i> .....	126
IV. De donationibus <i>onerosis</i> .....	127

## §. 2. De forma servandâ in testamentis.

559. Cur plures solemnitates in testamentis quam in contractibus requirantur.....	<i>ibid.</i>
Quædam ortum ducunt a moribus populi Romani..	128
560. Duplex distingui potest testamentorum forma : in- terna, et externa.....	129

## PUNCT. 1. De forma externa testamentorum.

561. I. De testamento <i>olographo</i> . Requiritur 1°. ut sit <i>scriptum</i> manu testatoris.....	130
562. 2°. Ut designetur <i>tempus</i> : non requiritur indicatio loci.....	132
563. 3°. Ut adsit <i>subscriptio</i> testatoris.....	133
564. Quænam sit coram lege authenticitas testamenti olo- graphi.....	134
565. II. De testamento <i>solemni</i> , seu per notarios ex- cepto.....	136
566. III. De testamento <i>mystico</i> .....	137
567. IV. De quibusdam testamentis quæ <i>peculiaribus re-</i> <i>gulis</i> subjiciuntur.....	138

PUNCT. 2. De variis dispositionibus quæ per testamentum fieri possunt.

Num.	Pag.
568. Olim varii erant modi disponendi mortis causa....	138
Hodie duo principia sancivit legislator.....	139
569. I. Potest quilibet <i>sub quolibet titulo</i> disponere per testamentum.....	<i>ibid.</i>
Sed constare debet 1°. eum voluisse testamentum condere.....	140
570. 2°. Et in cujus gratiam testamentum conditum sit.	141
Quid igitur de summa distribuenda pauperibus?..	<i>ibid.</i>
Quid de summa impendenda secundum intentionem testatoris alteri manifestatam?.....	142
571. II. Semper standum <i>regulis sancitis</i> circa triplicem legatorum speciem.....	143
572. I. De <i>juribus</i> quæ competunt variis legatariis. 1°. De legatariis <i>universalibus</i> .....	<i>ibid.</i>
573. 2°. De legatariis <i>titulo universali</i> .....	144
574. 3°. De legatariis <i>titulo particulari</i> .....	145
575. Jus ex testamento retrahitur ad diem quo mortuus est testator.....	146
576. II. De <i>oneribus</i> quæ variis legatariis imponuntur : quid sint.....	147
1°. De legatario <i>universali</i> : an teneri possit ultra vires hæreditatis, seu utrum indigeat beneficio inventarii?.....	<i>ibid.</i>
577. Si concurrat cum hærede legitimo, solus tenetur solvere legata.....	148
Quid de debitis?.....	<i>ibid.</i>
578. An de illis teneatur erga creditores, an solum erga hæredem legitimum?.....	149
579. 2°. De legatariis <i>titulo universali</i> : quoad debita, et quoad legata.....	150
580. 3°. De legatariis <i>titulo particulari</i> : generatim non tenentur ad debita et onera.....	151
581. III. De <i>exsecutoribus testamentariis</i> : potest eis tribui saisina.....	<i>ibid.</i>
Exsecutio illa est mandatum; et quale?.....	152

Num.

Pag.

## Exsecutoris officia : de ratione reddenda..... 154

§. 3. *Utrum et quatenus irrita sint in foro conscientiae donationes et testamenta in quibus servata non fuit forma per leges praescripta.*

582. Status quaestionis : unde pendeat solutio..... 155
583. Nonnulla praemittuntur 1°. de iis quæ sæpe allegantur ex *jure Romano*..... 156
584. Quo sensu ea intelligant jurisperiti nostri..... 157
585. 2°. De iis quæ afferuntur ex *jure canonico*..... 159
586. Speciatim quoad testamenta *ad pias causas*..... 160  
An apud nos valeant?..... 162
587. Exponuntur opiniones. I. De *testamentis*. I\* *Opinio* docet esse valida in foro conscientiae..... 163
588. 1°. Ex ipsa *lege*, spectata in se, in motivo, et in effectibus..... 164  
Quid reponant qui hanc opinionem non admittunt. 165
589. 2°. Ex principiis *æquitatis*..... 167  
Quid reponant alii..... 168
590. II\* *Opinio* docet esse prorsus irrita, etiam ante sententiam judicis..... 170  
1°. Ex *vi* et motivo legum, seu ex ratione *boni publici*..... 171  
Quid reponant alii..... 172
591. 2°. Ex *natura testamenti*. — Quid reponant alii... 173
592. III\* *Opinio* docet esse valida ante, irrita post sententiam judicis..... 174  
1°. Ex *praxi* communi. — Quid reponant alii... 175
593. 2°. Ex illius sententiae *commodis*. — Quid reponant alii..... 176
594. 3°. Ex *mente legislationis* nostræ..... *ibid.*  
Quid ad hæc reponant alii..... 177
595. 4°. Ex variis principiis. 1. Ex eo quod *lex* sit *pænalis*..... 178
596. 2. Ex axiomate : *In dubio melior est conditio possidentis*..... *ibid.*
597. 3. Ex *obedientia* sententiae judicis debita..... 179
598. II. De *donationibus inter vivos*. I. Sub *jure Ro-*

Num.		Pag.
	<i>mano</i> . Quid sentiant auctores 1°. de contractibus generatim.....	180
	2°. Speciatim de donationibus.....	181
599.	II. Sub <i>jure Gallico veteri</i> : quid de <i>insinuatione</i> docerent nostri theologi.....	182
600.	III. Sub <i>jure Gallico novo</i> . I <sup>a</sup> opinio donationes non solemnes <i>validas</i> reputat.....	<i>ibid.</i>
601.	II <sup>a</sup> opinio docet esse <i>invalidas</i> , saltem post sententiam judicis.....	183
602.	His expositis, 1°. Videtur idem dicendum de donationibus ac de testamentis.....	186
603.	2°. Tertia opinio non videtur admittenda.....	<i>ibid.</i>
604.	3°. Probabilior est opinio quæ stat pro nullitate in foro conscientiæ, et ante sententiam judicis....	189
	An actus sit irritus, an tantum rescindibilis ad nutum hæredum naturalium?.....	190
	Nil vetat dicere expectari posse eorum petitionem.	191
605.	Quid vero, si hæres naturalis testatori promiserit exsecutionem testamenti, licet irriti?.....	<i>ibid.</i>
	Quid de ea promissione sentiant jurisperiti.....	192

ART. 4. *De revocatione donorum.*§. 1. *An et quibus de causis revocari possit donatio inter vivos.*

607.	Quatuor recensentur causæ. I. De stipulatione quæ dicitur <i>Droit de retour</i> .....	193
	1°. Debet stipulatio esse expressa.....	194
	2°. Fieri nequit nisi in gratiam donatoris.....	195
	3°. Fit pleno jure; 4°. quosnam effectus habeat... <i>ibid.</i>	
608.	II. De revocatione ob <i>inexsecutionem conditionum</i> ..	196
609.	III. De revocatione ob <i>ingratitude</i> nem. Triplex assignatur casus.....	197
	In quibusnam donationibus non admittatur?.....	198
610.	IV. De revocatione ob <i>supervenientiam filiorum</i> . Requiritur 1°. Ut donator non haberet filium tempore donationis.....	200
	2°. Ut nascatur filius legitimus.....	201
611.	Huic subjiciuntur generatim omnes donationes...	202

N<sup>um.</sup>

Pag.

	Speciatim donationes mutuæ, remuneratoriæ, causa matrimonii.....	203
612.	Quidam sint effectus revocationis.....	204
	Quid speciatim quoad præscriptionem?.....	205
	§. 2. De revocatione testamentorum.	
613.	Testamentum est essentialiter revocabile. Quid, si testator <i>juraverit</i> se non revocaturum?.....	206
	An, si revocatum tamen fuerit, secundus hæres te- neatur ad restitutionem, et quatenus?.....	207
614.	I. De revocatione testamenti <i>expressa</i> .....	208
	Quid, si adsit testamentum posterius, sed irritum in forma?.....	209
615.	II. De revocatione testamenti <i>tacita</i> .....	210
616.	III. De <i>caducitate</i> testamenti.....	211
	Ea occasione, quid de <i>jure accrescendi</i> ?.....	212
617.	IV. De <i>rescissione</i> testamenti : locum habere potest 1°. in casibus revocationis.....	<i>ibid.</i>
	2°. Si adsit quædam nullitas.....	213
618.	Intra quodnam tempus postulari possit rescissio..	<i>ibid.</i>
ART. 5.	De <i>regulis quasdam donationum species peculiariter respicientibus</i> ,	
	§. 1. De <i>substitutionibus</i> .	
620.	Quid substitutio : est directa, vel fideicommissaria.	215
621.	De posteriori tantum agitur : quid de ea statueret jus Romanum, quid jus Gallicum vetus, quid jus novum?.....	216
	Quænam juris novi motiva : quænam vis in con- scientia.....	218
622.	I. De substitutionibus <i>prohibitis</i> . De vero sensu ar- ticuli 896.....	219
	Irrita est, non solum substitutio, sed et ipsa do- natio.....	<i>ibid.</i>
	Quandonam præcise adsit substitutio in sensu legis.	221
623.	Evolvitur substitutionis definitio.....	222
624.	Hinc 1°. in substitutione sunt duæ <i>donationes suc- cessivæ</i> .....	225



Nam.	Pag.
Debent esse invicem <i>conjunctæ</i> , et ex natura sua <i>validæ</i> .....	225
625. Hinc 2°. requiritur <i>tractus temporis</i> : intelligitur ex sententia communiori, onus rem servandi toto vitæ decursu.....	226
626. Hinc 3°. sub prohibitione includuntur <i>substitutiones conditionatæ</i> .....	228
Quomodo ab his distinguantur <i>legata conditionata</i> ?	229
627. Hinc 4°. quid, si imponatur onus ut res redeat ad hæredes donatoris?.....	230
628. Hinc 5°. quid, si substitutio fiat de <i>eo tantum quod supererit</i> , seu si gravato relinquatur facultas disponendi de bonis?.....	231
629. Hinc 6°. quid de conventionem plurium, ut pars priorum qui moriuntur cæteris accrescat?.....	233
630. Affertur substitutionis definitio magis evoluta.....	234
Si <i>dubitetur</i> an adsit substitutio prohibita, in quamnam partem inclinandum?.....	235
631. Quomodo <i>constare</i> possit de facto substitutionis : an possit probari <i>per testes</i> ?.....	236
Quid in praxi ea de re attendendum?.....	238
632. II. De substitutionibus <i>permissis</i> . 1. In gratiam cognatorum. 1°. Quibusnam permittantur.....	239
2°. Ad quemnam gradum extendi possint.....	240
3°. In quorum gratiam fieri possint.....	241
633. 4°. Non possunt attingere nisi portionem disponibilem.....	<i>ibid.</i>
634. 5°. Fieri possunt per donationem, vel per testamentum.....	242
635. 6°. Quale dominium boni substitutione gravati acquirat donatarius : quid de alienationibus ab eo factis?.....	243
An tale bonum per præscriptionem a tertio detentore acquiri possit?.....	244
Quatenus dispositio hæc revocari possit.....	245
636. 7°. De obligationibus quæ gravato imponuntur... <i>ibid.</i>	
637. 8°. Quandonam incipiat jus vocatorum.....	247

Num.	Pag.
638. 9°. De substitutionum extinctione.....	248
639. II. De <i>majoratibus</i> .....	<i>ibid.</i>

## §. 2. De partitione bonorum facta hæredibus.

640. Qualis partitio vigeret sub jure Romano, et sub jure Gallico veteri.....	249
An hodie fieri possit ab aliis quam ascendentibus? .....	250
641. Fieri potest sive testamento, siue donatione inter vivos.....	251
642. Necessarium non est ut se extendat ad omnia bona; sed debet extendi ad omnes filios.....	<i>ibid.</i>
643. Rescindi potest læsionis causa, vel si unus ultra emolumentum lege permissum receperit.....	252
644. An illi quibus fit partitio teneantur solvere debita disponentis? .....	253

## §. 3. De donationibus in causa matrimonii.

645. Donationes illæ regulis minus strictis subjiciuntur.	254
646. I. De donationibus quæ fiunt in <i>contractu matrimonii</i> . In pluribus ab aliis differunt.....	<i>ibid.</i>
647. I. De donatione <i>bonorum præsentium</i> . Subjacet regulis generalibus, iis exceptis quæ in numero præcedenti indicata sunt.....	255
Potest fieri etiam extra contractum matrimonialem.	256
648. II. De donatione <i>bonorum quæ donatori supererunt</i> tempore mortis. 1°. Censetur facta etiam in gratiam filiorum.....	257
2°. In quonam sensu sit irrevocabilis.....	<i>ibid.</i>
Quænam sit hujus natura; et quomodo fieri debeat.....	258
649. III. De donatione <i>bonorum præsentium et futurorum</i> . Quænam sint huic <i>peculiaria</i> .....	259
Quænam sit hujus donationis natura, quinam effectus, non constat.....	260
650. Quatenus variæ illæ donationes sint reductibiles, et revocabiles.....	262

651. II. De donationibus quæ fiunt *inter sponsos*. 1. Regulæ *generales*. 1°. Non revocantur ob supervenientiam filiorum..... 262  
 2°. Diversa bonorum pars donari potest, pro quaduplici casu qui supponi potest..... *ibid.*  
 An aliquando conjux minus donare possit conjugiquam extraneo?..... 263  
 3°. Irritantur, art. 1099 et 1100, donationes simulatæ, vel per personas interpositas. 1. Quibusnam donationibus applicentur illi articuli.... 265  
 2. An donatio quæ excedit portionem lege determinatam sit omnino irrita, an solum reductibilis?. 266  
 652. II. Regulæ *speciales* de donationibus quæ fiunt *inter sponsos in contractu matrimoniali*..... *ibid.*  
 653. III. Regulæ *speciales* de donationibus quæ *inter sponsos fiunt durante matrimonio*..... 268  
 654. COROLLARIUM. Quonam tempore necessaria sit habitas donandi et recipiendi in donationibus factis causa matrimonii..... 269

## CAP. III. DE VENDITIONE-EMPTIONE.

655. Hujus contractus *origo*: quam necessarium ejus regulas cognoscere..... 271

ART. 1. *De natura et forma venditionis.*

656. *Venditionis definitio*..... 272  
 657. I. An ad venditionis essentiam pertineat ut *transferatur rei dominium*? — Ex *jure Romano* id necessarium non erat..... *ibid.*  
 Item nec ex *jure veteri Gallico*..... 273  
 Illud tamen principium quidam auctores impugnaverunt..... *ibid.*  
 Et rejecisse videtur *codex Civilis*, quamvis nonnulli id negent..... 274  
 658. II. *Qualis contractus sit venditio*. 1°. Est *juris naturalis*..... 275

659. 2°. *Non solemnis*; quoad quædam objecta tamen  
requiritur scriptura..... 276
660. 3°. *Consensualis*: ante traditionem transfertur do-  
minium..... *ibid.*
- Excipiuntur 1. res mobiles; 2. res quæ venduntur  
juxta pondus, numerum aut mensuram: quæ  
sensu..... 278
3. Quid de rebus quæ gustari solent?..... 280
4. Quid, quando venditio fit, ut dicitur, *à l'essai*? 281
661. Hinc intelliguntur quædam consecraria jam expo-  
sita (n° 266 et seq.; n° 482 et seq.)..... 283
662. 4°. Est contractus *bonæ fidei*: in dubio, favendum  
emptori..... *ibid.*

ART. 2. *De iis qui vendere et emere possunt.*

663. Quasdam causas incapacitatis lex statuit. I. Ex parte  
*venditoris*, si sit, ut dicitur *saisi*, aut *failli*.... 284
664. II. Ex parte *emptoris*. 1°. De tutoribus, mandata-  
riis, administratoribus, etc..... 285
- 2°. *Le saisi réellement*, vel qui solvendo impar... *ibid.*
- 3°. De judicibus, procuratoribus, advocatis, nota-  
riis, etc.; quoad jura litigiosa..... 286
- 4°. De nonnullis magistratibus quoad commercium  
granorum aut liquorum..... 288
665. III. Ex parte *venditoris simul et emptoris*. Vir et  
uxor non possunt inter se hunc contractum inire  
nisi in triplici casu..... *ibid.*
- Quatenus irriti sint actus contra hanc dispositionem  
initi..... 289

ART. 3. *De re vendibili, seu merce.*

666. Quasdam juris dispositiones jam expendimus.... 291
667. I. De venditione *rei alienæ*. 1. Ex *jure Romano*,  
valebat, et quatenus?..... *ibid.*
- Quomodo venditor teneretur in conscientia rem tra-  
dere..... 292
668. II. Ex *jure Gallico novo*, hæc venditio declaratur  
irrita..... 293

Nam.		Pag.
669.	1°. An novum principium applicetur <i>bonis mobilibus</i> .....	294
	Non applicatur <i>in materia commercii</i> .....	295
670.	2°. De <i>natura nullitatis</i> non constat inter jurisperitos.....	<i>ibid.</i>
	1. Invocari non potest a venditore.....	296
	2. Invocari potest a domino rei.....	297
671.	3. Et præsertim ab emptore : quousque extendatur hæc facultas.....	<i>ibid.</i>
	Sufficit , et requiritur periculum evictionis.....	298
	Hinc pluribus in casibus invocari nequit nullitas..	299
672.	3°. <i>Non applicatur nullitas</i> : 1. quando venditor bona fide rem acceperat a domino per <i>solutionem ex indebito</i> .....	301
	2. Quid de re vendita ab <i>hærede putativo</i> ?.....	302
	3. Quid , si venditor et emptor sciant rem esse alienam ?.....	<i>ibid.</i>
673.	4°. Si emptor ignoraverit , potest postulare <i>compensationem damnorum</i> .....	303
674.	II. De venditione <i>boni dotalis</i> . Omnino prohibetur : qualis sit nullitas ?.....	304
	1°. Si venditio facta fuerit <i>a solo marito</i> .....	305
	2°. Si <i>a sola uxore</i> , duplici titulo irrita est.....	306
	3°. Si <i>ab utroque simul</i> , quinam nullitatem invocare possint.....	307
675.	III. De venditione <i>rerum quibus prævidetur emptor abusurus</i> : 1°. non licet sine ratione sufficienti..	307
	2°. Licere potest , saltem generatim , si adsit ratio sufficiens.....	308
676.	Res vendibiles in tres classes distribuuntur.....	309
	Pro quibus triplex statuitur regula. , .....	310

ART. 4. *De pretio.*

677.	Essentiale est venditioni.... Duo circa illud investiganda. ....	311
	§. 1. <i>Quale debeat esse pretium in venditione.</i>	
678.	Debet esse I. <i>in pecunia</i> : quousque urgenda sit ea conditio.....	311



Num.		Pag.
679.	II. <i>Scrium</i> , seu non simulatum, nec derisorium..	313
680.	III. <i>Determinatum</i> a contrahentibus.....	314
	Potest determinatio committi arbitrio tertii.....	315
681.	1°. Quid, si arbiter electus non determinet?.....	316
	2°. Quid, si contrahentes conveniant tantum de arbitro designando?.....	<i>ibid.</i>
	3°. Quid, si venditio fiat juxta justum pretium?..	317
	4°. Quid, si æstimatio facta judicetur iniqua?....	<i>ibid.</i>

## §. 2. De obligatione standi justo pretio.

682.	Pretium est legale, vel vulgare: istud ordinarie triplici gradu constat, supremo, medio et infimo.	318
683.	I. Utrum et quatenus <i>peccent</i> qui non stant justo pretio. I. Si adsit pretium <i>legale</i> , pluris vendere non licet.....	319
	II. Si non adsit pretium legale, standum est pretio <i>vulgari</i> .....	320
	III. Quid de rebus quæ non habent pretium determinatum?.....	<i>ibid.</i>
684.	II. De <i>rescissione</i> venditionis in qua servatum non est justum pretium. I. <i>Quandonam</i> locum habeat?	
	1°. Nonnisi in gratiam venditoris.....	321
	2°. Nonnisi quoad immobilia.....	322
	3°. Non in venditionibus quæ fieri nequeunt nisi auctoritate publica.....	322
	4°. Non in venditionibus aleatoriis.....	323
	5°. Requiritur ut læsio excedat septem e duodecim partibus justii pretii.....	<i>ibid.</i>
	6°. Venditor renunciare non potest in contractu juri postulandi rescissionem.....	<i>ibid.</i>
685.	II. Quid <i>agendum</i> , ut obtineatur rescissio.....	324
686.	III. Quisnam sit <i>effectus</i> actionis venditori concessæ. Objectum directum est rescissio contractus. Hinc plura educuntur consecutaria.....	325
	Si emptor solvat supplementum pretii, retinet hujus decimam partem: si vero rem restituat, reddit etiam fructus.....	326

Num.	Pag.
687.	Quatenus vim habeant in conscientia illæ juris civilis dispositiones..... 327
688.	III. Utrum aliquando liceat vendere <i>supra pretium commune</i> ?..... <i>ibid.</i>
	Licet vendere pretio supremo, modo id fiat sine fraude et dolo..... 328
689.	Licet etiam supra pretium supremum I, ob <i>damnum emergens</i> vel <i>lucrum cessans</i> ..... 329
	Sed quædam requiruntur conditiones..... 330
690.	Quid, si venditor rem suam servaturus erat in aliud tempus, vel si in ea habenda expensas extraordinarias fecerit?..... 331
691.	II. Ob specialem <i>affectum venditoris</i> erga rem suam.. <i>ibid.</i>
692.	III. Sed <i>non</i> ob <i>emptoris affectum</i> , aut necessitatem..... 333
693.	IV. Ratione <i>modi</i> quo fit venditio..... 334
694.	V. Quid de venditione facta <i>extraneis</i> ?..... <i>ibid.</i>
695.	IV. An aliquando liceat emere <i>infra pretium commune</i> ?..... 335
	I, Si <i>merces ultro offeruntur</i> ..... <i>ibid.</i>
	II. Si res ematur, ut dicitur, <i>de rencontre</i> ..... 336
696.	III. Si fiat emptio <i>sub conditione onerosa</i> ..... <i>ibid.</i>
697.	DUB. I. Quid de eo qui <i>scientia privata</i> novit pretium brevi vel augendum vel minuendum fore?
	1º. Si ob <i>causam intrinsecam</i> ..... 337
698.	2º. Si ob <i>causam extrinsecam</i> , potest vendere vel emere pretio nunc currenti..... 339
	Attamen 1º. potest esse peccatum contra charitatem. <i>ibid.</i>
	2º. Quid de consiliario principis, aut magistratu?.. 340
	3º. An idem dici possit de locatione?..... 341
699.	DUB. II. Utrum qui invenit <i>inter res communes</i> rem quam ipse novit esse <i>valde pretiosam</i> , possit eam emere pretio communi? Variæ fiunt hypotheses. <i>ibid.</i>
700.	V. De <i>monopoliis</i> . Quid sit monopolium, et quotuplex..... 343
	I. De monopolio <i>auctoritate publica</i> . Potest institui duplici præsertim ex causa..... <i>ibid.</i>

Num.

Pag.

701. II. De monopolio *auctoritate privata*. 1°. Si unus vel pauci raritatem mercium inducant, et vendant ultra summum pretium, peccant contra justitiam..... 344  
 Si vendant tantum summo pretio, major est difficultas..... 345
702. 2°. Si unus aut plures impediane ne merces aliunde advehantur, videndum quibus viis id efficiant, . 346
703. 3°. Si quidam inter se conveniant ut nonnisi tali pretio vendant, peccant contra justitiam, si ultra summum pretium..... *ibid.*  
 Si tantum pretio summo, dissentiunt theologi.... 347
704. Quæ dicuntur de vendentibus, applicari possunt ementibus..... 348
705. An, monopolio semel facto, et inducto pretio injusto, possint omnes eo pretio vendere?..... *ibid.*

ART. 5. *De obligationibus venditoris.*

706. Duæ sunt præcipuæ : traditio, et assecuratio..... 349

§. 1. *De traditione rei venditæ.*

707. Quid per traditionem intelligatur..... 349
708. I. *Quomodo* fieri debeat traditio. 1°. Si agatur de bonis immobilibus..... 350  
 2°. Si de bonis mobilibus; 3°. si de jure incorporeis..... 351  
 An sancita hodie censeri possit multiplex traditionis distinctio olim admissa?..... 352
709. II. *Quo loco* fieri debeat rei venditæ traditio; ejus *expensis*?..... 353
710. III. *Quonam tempore* fieri debeat rei traditio.... 354
711. IV. *Quid includere* debeat rei venditæ traditio: tria statuuntur..... *ibid.*

§. 2. *De assecuratione rei venditæ.*

712. Debetur assecuratio contra evictionem, et contra rei vitia..... 356

## PUNCT. 1. De assecuratione contra evictionem.

Num		Pag.
713.	Debetur assecuratio contra evictionem.....	356
	An ea obligatio sit de essentia venditionis? Distinguendum est.....	357
714. I.	<i>Quandonam venditor immunis sit</i> ab obligatione assecurationis? 1°. Si causa nonnisi post venditionem orta sit.....	358
	2°. Si causa fuerit emptori declarata.....	359
	3°. Si emptor fiat simul creditor et debitor.....	ibid.
	4°. Si per culpam suam se evinci sinat emptor....	360
	5°. Quid, si venditio fiat auctoritate judiciaria?..	361
715. II.	<i>Quis actionem habeat</i> ad exigendam assecurationem? Emptor, et ejus successores, etiam titulo particulari.....	ibid.
	Quando fuerunt plures emptores seu donatores successivi, an ille qui evincitur possit adire alium quam auctorem suum immediatum?.....	362
716. III.	<i>Contra quem dirigi debeat</i> actio ad obtinendam assecurationem, si nempe venditor plures reliquerit hæredes?.....	363
717. IV.	<i>De effectu assecurationis</i> in casu <i>evictionis integre</i> . Tenetur venditor emptorem defendere: si non possit evictionem impedire, debet restituere 1°. pretium; et quidem 1. integrum, licet rei valor interim imminutus fuerit.....	364
	2. Et proportionatum augmento, si valor rei auctus sit?.....	365
	3. Quid si res pluries vendita fuerit, et diverso pretio?.....	ibid.
	2°. Debet etiam restituere sumptus, fructus, damna, et impensas.....	366
718. V.	<i>De effectu assecurationis</i> in casu <i>evictionis partialis</i> . Distinguendum est an pars ex qua evincitur emptor talis sit, ut absque ea rem emere nolisset.....	368

## PUNCT. 2. De assecuratione rei contra defectus seu vitia.

Num.		Pag.
719.	Obligatio assecurationis respicit vitia redhibitoria : quænam illa sint.....	369
720.	I. De defectibus circa <i>substantiam</i> .....	370
721.	II. Circa <i>quantitatem</i> .....	<i>ibid.</i>
722.	III. Circa <i>qualitatem</i> . I. De vitiis <i>redhibitoriis</i> . 1°. Quænam sint.....	371
	Hæc per legem specialem determinantur quoad ven- ditionem animalium domesticorum.....	373
723.	2°. Quodnam jus competat emptori quoad ea vitia.	374
	1. Ad quid teneatur venditor, sive bonæ, sive malæ fidei.....	<i>ibid.</i>
	2. Si res perierit, videndum an ex vitiis, an ex casu fortuito.....	375
	3. Actio proponi debet brevi mora.....	376
	4. Non conceditur in venditionibus quæ fiunt auc- toritate judiciaria.....	<i>ibid.</i>
	5. Facta redhibitione, omnia in integrum resti- tuuntur.....	<i>ibid.</i>
724.	II. De vitiis <i>non redhibitoriis</i> . 1°. Si venditor <i>dolo</i> <i>utatur</i> , contractus est rescindibilis. Quandonam censeatur dolus adhibitus?.....	377
	1. Vitia <i>manifesta</i> nullam dant actionem in foro externo.....	378
	2. Si emptor <i>interroget</i> , debet venditor vitia mani- festare.....	<i>ibid.</i>
	3. Extra hos casus, non tenetur, ex communi sen- tentia.....	<i>ibid.</i>
725.	2°. Si venditor rei defectuosæ <i>non minuat pretium</i> , peccat, saltem plerumque, contra justitiam....	380
	Quid, si res sit æque bona ac res aliæ quæ commu- niter venduntur?.....	<i>ibid.</i>

## ART. 6. De obligationibus emptoris.

726.	I. De <i>solutione pretii</i> . De ea jam multa fuere expo- sita.....	382
------	--------------------------------------------------------------------------	-----



Num.		Pag.
727.	I. De <i>interesse pretii</i> non soluti. Debetur in triplici casu.....	382
	Quid, si in casu <i>rei frugiferæ</i> , terminus expresse concessus fuerit in contractu, et nulla conventio inita de auctuario?.....	383
	Quid, si in casu <i>rei non frugiferæ</i> , conventio de auctuario inita fuerit tantum modo generali?...	384
728.	II. De <i>causis ex quibus suspendi potest solutio</i> . Præcipua est, si emptor perturbetur, vel perturbationem merito timeat.....	<i>ibid.</i>
729.	III. De <i>resolutione venditionis</i> ob pretium non solutum. 1°. <i>Quandonam</i> locum habeat.....	385
	2°. <i>Quomodo</i> locum habeat, quoad immobilia, et quoad mobilia.....	386
730.	3°. De <i>effectibus</i> resolutionis inter venditorem et emptorem.....	387
	Quid, si res ad alios transierit?.....	388
731.	II. De obligatione <i>rem emptam tollendi</i> : quid, si huic desit emptor?.....	389
	ART. 7. De <i>quibusdam peculiaribus venditionis speciebus</i> .	
732.	De quatuor præcipuis agemus.....	390
	§. 1. De <i>venditione cum pacto redimendi</i> .	
733.	Exponitur hujus venditionis definitio.....	391
734.	I. <i>An licita sit hæc venditio</i> . I. Licita est, si pactum sit <i>in gratiam solius venditoris</i> .....	392
	Quænam requirantur conditiones?.....	393
735.	II. Si pactum sit <i>in gratiam emptoris</i> , venditio potest absolute esse licita, sed est valde periculosa.	394
736.	II. De <i>natura</i> hujus venditionis. Quid operetur ex parte emptoris.....	395
	Quid ex parte venditoris?.....	396
737.	III. De <i>obligationibus venditoris</i> , quando vult exercere facultatem redimendi. 1°. Debet restituere <i>pretium rei</i> . ....	<i>ibid.</i>
	An possit iniuri conventio de restituendo pretio minori, vel majori?.....	397

Num.		Pag.
738.	2°. Debet restituere <i>sumptus</i> , et <i>impensas</i> .....	398
739.	IV. De <i>obligationibus emptoris</i> . 1°. Debet restituere <i>rem</i> .....	399
	Quid, si res augmentum acceperit, v. g., per <i>al-</i> <i>luvionem</i> ?.....	<i>ibid.</i>
	Quid statuendum circa <i>thesaurum</i> inventum?....	400
740.	2°. Non tenetur restituere <i>fructus</i> perceptos.....	401
	Quid de fructibus pendentibus vel mox colligen- dis?.....	<i>ibid.</i>
741.	V. De <i>quibusdam pactis</i> quæ cum præcedenti con- nexionem habent. I. De pacto <i>legis commissoriæ</i> .	402
742.	II. De pacto <i>adjectionis</i> vel <i>addictionis in diem</i> ...	403
743.	III. De <i>retractu</i> : quotuplex olim vigeret,.....	404

§. 2. De venditione *jurium incorporeorum*.

744.	Quid intelligatur per <i>jura incorporea</i> : quotuplicis sint speciei,.....	404
------	----------------------------------------------------------------------------------	-----

PUNCT. 1. Regulæ generales circa venditionem *jurium incorporeorum*.

745.	Tria spectantur. I. Quoad <i>traditionem</i> . I. Quomodo fiat.....	405
746.	II. Quid includat <i>traditio</i> .....	406
747.	II. Quoad <i>assecuracionem</i> : est vel <i>juris</i> .....	407
	Vel <i>facti</i> : hæc potest iniri in triplici gradu.....	408
748.	III. Quoad <i>pretium</i> . — Utrum liceat <i>chirographa</i> infra valorem numericum emere? I. Si sint <i>in-</i> <i>certa</i> et <i>litigiosa</i> , licet.....	409
	Quædam tamen observanda sunt.....	410
749.	II. Si sint <i>certa</i> , 1°. non licet emere infra pretium <i>chirographa simplicia</i> , seu <i>extra plateam</i> .....	411
	2°. Quoad <i>chirographa commercii</i> , videndum an di- rigantur ad urbem extraneam, an ad eandem urbem.....	413

PUNCT. 2. Regulæ speciales venditioni hæreditatis.

750.	I. De <i>obligationibus venditoris</i> . 1°. Quoad <i>assecu-</i> <i>rationem</i> .....	414
	Quid sit restituendum emptori?.....	415

Num.		Pag.
751.	2°. Quoad <i>traditionem</i> : 1. de rebus quas non amplius habebat venditor tempore venditionis....	416
752.	2. De rebus quas habebat tempore venditionis?...	417
753.	3. De rebus quæ post venditionem hæreditati obveniunt.....	418
	Quid speciatim de <i>indemnitate concessa emigrantibus</i> ? .....	419
754.	II. De obligationibus <i>emptoris</i> . Quid de debitis hæreditatis?.....	<i>ibid.</i>
	Quid, si venditor solverit ex errore summam non debitam?.....	420
	PERCT. 3. Regulæ speciales venditioni jurium litigiosorum.	
755.	Quid intelligatur nomine juris litigiosi.....	420
	In jure nostro permittitur cessio horum jurium : sed fieri potest <i>retractus</i> ex parte debitoris.....	421
	Aliquando tamen locum non habet ille retractus.....	422
	§. 3. De <i>auctione publica</i> (vente aux enchères).	
756.	Hæc striete distinguitur a <i>licitatione</i> : quid eo nomine designetur, et quotuplex sit licitatio.....	423
	Distinguitur etiam a <i>subhastatione</i> .....	424
757.	I. De <i>pretio</i> : constituitur per licitantes. ....	<i>ibid.</i>
758.	II. De <i>conditionibus</i> . Debet abesse fraus 1°. ex parte <i>venditoris</i> : an possit rem retrahere?.....	425
759.	2°. Ex parte <i>emptorum</i> : quid, si inter se paciscantur?.....	427
	3°. Ex parte <i>officialium</i> , seu præconum.....	429
	§. 4. De <i>venditione per proxenetas</i> .	
760.	I. Utrum proxeneta qui vendit supra, aut emit infra pretium sibi designatum, possit excessum aut residuum sibi retinere?.....	429
761.	II. Utrum qui emunt pro aliis, possint aliquid a mercatoribus accipere, vel pretium majus quam ipsi solverunt exigere?.....	431
	CAP. IV. DE PERMUTATIONE.	
762.	Quid sit : hujus analogia cum venditione.....	433

Num.		Pag.
763.	I. De permutationis <i>natura</i> . Explicatur definitio...	433
764.	II. Quatenus permutatio <i>conveniat cum venditione</i> : speciatim de permutatione <i>rei alienæ</i> .....	435
765.	III. Quatenus permutatio <i>differat a venditione</i> : spe- ciatim de <i>rescissione ex causa læsionis</i> .....	437

## CAP. V. DE LOCATIONE-CONDUCTIONE.

766.	Quid sit , et quotuplex : definitio generalis.....	439
	Quis proprie dicendus locator, quis conductor?...	440
767.	Multæ species locationis distinguuntur : quatenus subjiciantur regulis generalibus.....	441

## ART. 3. De locatione rerum.

769.	Explicatur definitio: 1°. an conferat <i>jus in re</i> , an tantum personale?.....	442
770.	2°. Pro <i>quonam tempore</i> iniri possit. Quid de <i>em- phyteusi</i> ?.....	443
771.	3°. Quale debeat esse <i>pretium</i> ? 1. An necessario in <i>pecunia</i> .....	445
	2. Quatenus debeat esse <i>serium</i> ; 3. et <i>determinatum</i> .	446

## §. 1. De regulis generalibus circa locationem rerum.

774.	I. De rebus quæ locari possunt.....	447
	Quid de <i>re aliena</i> ?.....	448
775.	II. De <i>uis inter quos</i> iniri potest locatio.....	<i>ibid.</i>
776.	III. De <i>forma</i> locationis, et illius <i>probatione</i> .....	449
777.	IV. De <i>obligationibus locatoris</i> . 1. Debet <i>rem tra- dere</i> .....	450
778.	II. <i>Præstare</i> conductori liberum <i>usum rei</i> .....	<i>ibid.</i>
	Quid de <i>reparationibus</i> necessariis?.....	451
	Quid de incremento accepto ex <i>alluvione</i> ?.....	452
779.	III. <i>Rem assecurare</i> . 1°. De <i>vitiis rei</i> .....	453
780.	2°. De <i>interitu rei</i> .....	454
781.	3°. De <i>perturbatione a tertio illata</i> .....	455
782.	V. De <i>obligationibus conductoris</i> . 1. De modo quo debet <i>re locata uti</i> : 1°. tanquam <i>bonus paterfa- miliæ</i> ; 2°. secundum <i>rei destinationem</i> .....	457
783.	Hinc plura consecutaria. De facultate <i>sublocandi</i> ...	458

Num.	Pag.
784. De statu in quo res reddi debet.....	459
785. Quid in casu <i>incendii</i> ?.....	460
786. De damno illato per eos qui sunt de domo conduc- toris, etc.....	461
787. II. De <i>solutione pretii</i> .....	462
788. VI. De locationis <i>duratione</i> et <i>cessatione</i> .....	<i>ibid.</i>
De tacita reconductione.....	463
789. Quatenus cesset locatio per interitum rei; remis- sive : per <i>inexsecutionem conditionum</i> .....	464
790. Quid, si locator vendat rem locatam?.....	<i>ibid.</i>
§. 2. De regulis quæ respiciunt quasdam tantum locationum species.	
791. Referuntur præsertim ad locationem ædium, et bo- norum ruralium.....	466
792. I. De locatione ædium. I. Quoad <i>obligationes loca-</i> <i>toris</i> .....	<i>ibid.</i>
793. II. Quoad <i>obligationes locatarii</i> .....	467
794. III. Quoad <i>durationem</i> locationis.....	468
795. II. De locatione agrorum. I. Quoad <i>obligationes lo-</i> <i>catoris</i> .....	469
796. II. Quoad <i>obligationes conductoris</i> : 1°. Si sit colo- nus partarius ( <i>métayer</i> ).....	<i>ibid.</i>
797. 2°. Si agatur de conductore ordinario ( <i>fermier</i> ) : quomodo re uti debeat.....	470
Quid circa solutionem pretii? Speciatim, si certa pars fructuum pereat?.....	471
798. III. Quoad <i>durationem</i> locationis.....	472
799. III. De locatione <i>mobilium</i> .....	473
800. IV. De locatione bonorum <i>nationalium</i> , <i>commu-</i> <i>nium</i> , etc.....	<i>ibid.</i>

#### ART. 2. De locatione operarum.

801. Quid sit; quatenus differat a mandato.....	474
802. Tres præcipuæ species distinguuntur.....	475
803. I. De locatione <i>operariorum et famulorum</i> . Duo tan- tum statuuntur.....	<i>ibid.</i>
804. I. Utrum solvi debeat stipendium, si præstita non fuerit opera, 1°. ex culpa heri.....	477



Nun.		Pag.
	2°. Si ex culpa famuli aut operarii.....	477
	3°. Si ex casu fortuito.....	478
	Quid, si famulus impediatur ex morbo, vel moriatur?.....	479
	Quid, si omissio oriatur ex causa voluntaria, sed non culpabili?.....	480
805.	II. Utrum quando in conventionem laesus est operarius, teneatur dominus pretium augere?.....	<i>ibid.</i>
806.	III. An qui pluribus operam locat, possit a singulis idem pretium exigere?.....	481
807.	II. De locatione vectorum ( <i>des voituriers</i> ). Quibusnam regulis subjiciantur.....	<i>ibid.</i>
	Si res commissa amittatur, quale pretium restituere teneantur.....	483
808.	III. De locatione opificum ( <i>des entrepreneurs</i> ). Variis modis iniri potest contractus.....	484
809.	I. De interitu rei: applicatur principium, <i>Res perit domino</i> .....	485
810.	II. De constructione <i>ædificiorum</i> quædam speciatim statuuntur.....	486
811.	III. De <i>resolutione</i> contractus.....	487

## ART. 3. De locatione animalium.

812.	Contractus ille dicitur <i>Cheptel</i> : plures sunt hujus species.....	488
813.	Quædam traduntur principia generalia.....	<i>ibid.</i>
814.	I. De contractu dicto <i>Cheptel simple</i> : hujus naturæ.....	489
815.	Quænam de eo statuuntur.....	490
	Quid in casu jacturæ totalis aut partialis gregis?..	491
816.	Quænam jura competant utrique contrahenti.....	493
817.	De <i>resolutione</i> contractus.....	494
818.	II. De contractu dicto <i>Cheptel à moitié</i> .....	<i>ibid.</i>
819.	III. De contractu inter dominum prædii, et ipsius conductorem.....	495
	1°. Du <i>cheptel donné au fermier</i> .....	<i>ibid.</i>
820.	2°. Du <i>cheptel donné au colon partiaire</i> .....	496
821.	IV. De contractu qui <i>improprie</i> dicitur <i>Cheptel</i> ....	497

Num.		Pag.
822.	Quid sit : quatuor occurrunt expendenda.....	498
ART. 1. <i>De natura et forma mandati.</i>		
823.	Quomodo differat a procuratione, et a negotiorum gestione.....	498
	Spectatur hic præsertim in ordine civili.....	499
824.	I. Requiritur ut negotium committatur <i>in gratiam mandantis</i> .....	<i>ibid.</i>
825.	II. Ut geratur <i>nomine mandantis</i> : quid in materia commercii?.....	500
826.	Hinc. 1º. <i>Mandans</i> debet esse capax negotii gerendi.....	501
	2º. An idem dicendum de <i>mandatario</i> ?.....	502
827.	III. Mandatum est ex se <i>gratuitum</i> .....	<i>ibid.</i>
828.	IV. Qualis contractus sit mandatum : 1º. consensualis ; 2º. <i>bilateralis</i> .....	503
829.	3º. Non solemnis : non viget hodie mandatum tacitum, saltem generatim.....	504
830.	V. Mandatum est vel <i>generale</i> , vel <i>speciale</i> .....	506
831.	Quid, si <i>mandatarius</i> non steterit pretio per mandatum determinato?.....	<i>ibid.</i>
ART. 2. <i>De obligationibus mandatarii.</i>		
832.	Debet I. Mandatum implere.....	508
833.	II. Negotium diligenter gerere.....	<i>ibid.</i>
834.	III. Rationem reddere.....	509
ART. 3. <i>De obligationibus mandantis.</i>		
835.	I. Erga <i>tertium</i> . Debet implere obligationes a <i>mandatario</i> contractas.....	510
836.	II. Erga <i>mandatarium</i> .....	<i>ibid.</i>
837.	Quid, si plures mandantes constituerint <i>mandatarium</i> pro negotio communi?.....	511
ART. 4. <i>Quibus modis solvatur mandatum.</i>		
838.	Solvitur I. per <i>revocationem</i> <i>mandatarii</i> .....	511
	Quotuplici modo fieri possit hæc <i>revocatio</i> . ....	512

Num.	Pag.
839. II. Per <i>renuntiationem</i> mandatarii.....	513
840. III. Per <i>mortem mandantis</i> , sive naturalem, sive civilem. ....	<i>ibid.</i>
841. IV. Item <i>mandatarii</i> .....	<i>ibid.</i>
842. V. Per <i>interdictionem</i> , vel <i>decoctionem</i> , sive mandantis, sive mandatarii.....	514

APPENDIX. *De negotiorum gestione.*

843. Non est contractus, sed quasi-contractus.....	514
Requiritur 1°. ut geratur negotium <i>alterius</i> .....	515
844. 2°. Ut geratur <i>voluntarie</i> : quo sensu?.....	516
845. 3°. An ut <i>in scio domino</i> ?.....	<i>ibid.</i>
846. Quid, si <i>invito domino</i> ?.....	<i>ibid.</i>
847. 4°. An requiratur <i>intentio</i> gerendi pro domino?...	517
848. I. De obligationibus <i>gestoris</i> . Generatim obligatur ut mandatarius; sed quædam specialia statuuntur.....	518
849. II. De obligationibus illius <i>cujus negotium actum est</i> : quatenus requiratur ut negotium bene gestum sit?.....	519
850. An gestor negotii jus habeat ad <i>salarium</i> ?.....	521

## CAP. VII. DE CONTRACTU SOCIETATIS.

851. Affertur et explicatur definitio.....	521
852. Quænam possint in societatem conferri.....	522
853. Lucrum faciendum in societate intenditur.....	523
Sed lucrum honestum: quid de officiis olim venalibus?.....	524
854. Cur in definitione mentio non fiat de damno perfrendo.....	525

ART. 1. *De natura et forma societatis.*

855. I. Qualis contractus sit societas: bilateralis, consensualis, non solemnis.....	526
856. II. Quatenus societas differat a cæteris contractibus.....	527
857. III. Societas efformat <i>personam moralem</i> distinctam	

Num.	Pag.
a sociis. ....	528
858. IV. Est via legitima lucri comparandi. ....	529

### ART. 2. De variis societatis speciebus.

859. Societas est universalis, vel particularis. ....	529
I. De societate <i>universali</i> : duplex distinguitur. ....	530
860. Quid, si una pars plus conferat quam altera? ....	<i>ibid.</i>
861. I. De societate universorum <i>bonorum</i> præsentium. ....	531
862. II. De societate <i>universali quæstum</i> . ....	<i>ibid.</i>
863. II. De societate <i>particulari</i> . ....	532
864. III. De societatibus <i>commercii</i> : quadruplex assignatur. ....	<i>ibid.</i>
I. De societate <i>en nom collectif</i> . ....	<i>ibid.</i>
865. II. De societate <i>en commandite</i> . ....	533
866. III. De societate <i>anonyma</i> . ....	534
867. IV. De societate quæ dicitur <i>Association commerciale en participation</i> . ....	535

### ART. 3. De juribus et obligationibus sociorum.

868. Duplex distinguitur quæstionis respectus. ....	536
-----------------------------------------------------	-----

#### §. 1. De juribus et obligationibus sociorum erga se invicem.

869. Ad quinque capita reduci possunt. ....	536
870. I. De <i>obligationibus sociorum</i> erga societatem. ....	<i>ibid.</i>
I. De <i>parte</i> a quolibet socio conferenda. ....	537
871. II. De <i>lucro</i> per socium educto e fundo communi. ....	538
Non potest socius debitum suum recipere, neglecto debito societatis. ....	<i>ibid.</i>
872. III. De <i>damno</i> per socios illato societati. ....	539
873. II. De <i>obligationibus societatis</i> erga socios: I. quoad <i>partem</i> a quolibet socio collatam. ....	540
874. Quid, si res perierit? 1°. Si collata fuerit quoad <i>fruitionem</i> tantum, perit socio. ....	541
Excipiuntur res <i>fungibiles</i> . ....	<i>ibid.</i>
875. Item res quæ lapsu temporis <i>deteriorantur</i> . ....	542
Item quæ collatæ sunt <i>ut venderentur</i> , vel quæ <i>æstimatæ</i> fuerunt. ....	543

Nam.

Pag.

876. 2°. Si res collata sit quoad *dominium*, perit societati. .... 543
877. II. Quoad *compensationem* aliquando sociis debitam. .... *ibid.*
878. III. De *partitione* lucrorum et damnorum inter socios. .... 544
879. I. Si unus e sociis omnino excludatur a lucro, irrita est conventio. .... *ibid.*
880. II. Item, si unus eximatur a damno; quousque id extendendum? .... 545
- 1°. Quid, si eximatur ille qui non confert nisi industriam? .... *ibid.*
881. 2°. Quid, si ille qui confert pecuniam? De tribus contractibus, *remissive*. .... 546
- Expenditur dispositio articuli 1855: non excludit assecurationem solius lucri. .... 547
- An assecurationem solius sortis, non constat. .... *ibid.*
- Si assecuretur simul sors et lucrum, evertitur societas, et fit mutuum. .... 548
882. Quid operetur nullitas inducta per art. 1855? .... 549
883. IV. De *administratione* societatis. Duplicis speciei regulæ traduntur. .... 550
- I. Si inita fuerit specialis conventio, huic standum:
- 1°. Administrator habetur ut mandatarius societatis. .... *ibid.*
884. 2°. Quænam ipsius facultates? .... 551
- 3°. Quid, si pluribus commissa fuerit administratio? .... *ibid.*
885. II. Si nulla specialis conventio inita fuerit, quædam traduntur regulæ. .... *ibid.*
886. V. De sociis adjunctis, vulgo *croupiers*. .... 552
- §. 2. De obligationibus sociorum erga extraneos (les tiers).
887. I. Quando *unus* e sociis contraxit *proprio nomine*, seipsum solum obligat. .... 553
888. II. Quando *unus* contraxit sub *nomine sociali*, non obligat societatem, nisi tria concurrant. .... 554



Num.		Pag.
889.	Quousque tunc obligentur socii? 1°. In societatibus <i>civilibus</i> .....	555
	2°. In societatibus <i>commercialibus</i> .....	<i>ibid.</i>
890.	An <i>actio creditorum</i> , quando ipsis competit, habenda sit tanquam <i>directa</i> ?.....	<i>ibid.</i>
891.	III. Quando <i>omnes</i> socii contraxerunt <i>privato</i> suo <i>nomine</i> .....	556
892.	Duo observanda. I. De <i>concursu creditorum</i> societatis cum creditoribus singulorum sociorum.....	<i>ibid.</i>
893.	II. De <i>juribus sociorum</i> erga extraneos.....	557
	ART. 4. De <i>dissolutione societatis</i> .	
894.	Quinque assignantur dissolutionis causæ. I. Per lapsum temporis assignati.....	557
895.	II. Per extinctionem rei, vel consummationem negotii.....	<i>ibid.</i>
	Explicatur art. 1867 codicis Civilis.....	558
896.	III. Per mortem unius e sociis.....	559
897.	IV. Per mortem civilem, interdictionem, decoctionem unius e sociis.....	560
898.	V. Per voluntatem unius e sociis.....	561
899.	VI. Si agatur de societate limitata, requiritur justa causa ut unus e sociis dissolutionem postulare possit.....	562
900.	De partitione post dissolutionem facienda.....	<i>ibid.</i>
	Ordinarie constituuntur unus aut plures mandataarii, gallice <i>liquidateurs</i> : eorum jura et obligationes.....	563
	De natura et regulis divisionis inter socios peragenda.....	564



